

# التحكيم في عقود البترول

دكتور  
سراج حسين محمد أبو زيد  
مدرس القانون الدولي الخاص  
كلية الحقوق / بيني سوليف  
جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

٢٠٠٠

الناشر  
حارة النهضة العربية  
٢٢ شارع ميد الخالق نورت بالقاهرة





الهيئة العامة للكتاب

341.522

٢ ب و ت

٤٧٧٩٥

# التحكيم في عقود البترول

دكتور

يسراج حسين محمد البوزيد

مدرس القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق / بني سويف

جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

٢٠٠٠

Arin Library (٢٠٠٠)

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع ميد الخالق ثروت بالقاهرة





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى  
يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ  
لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا  
قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾  
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

[ سورة النساء آية : ٦٤ ]



# إهداء

إلى روح والدي

إلى والدتي أطال الله فتر عمرها

إلى زوجتي وابني

إلى إخوتي وكل أهلي وأحبابي

أهدي هذه الرسالة



## شكر وتقدير

روى الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من لا يشكر الناس لا يشكر الله».

وتأسيا بهذا الأدب الرفيع أتوجه بخالص شكرى وتقديرى، وعظيم عرفاتى وامتناتى، إلى أستاذى العظيم فى تواسمه، الكبير فى ترفعه، الحنون فى توجيهه، العالم فى فكره، إلى من حبانى بعطفه، وغمرنى بفضله، وكرمنى بشرف قبوله الإشراف على رسالتى، إلى أستاذى الجليل والعالم التقدير: الأستاذ الدكتور / إبراهيم أحمد إبراهيم، أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص بكلية حقوق - جامعة عين شمس. وأشهد أنه أخذ بيدي منذ اللحظة الأولى حتى ظهر هذا العمل إلى حيز الوجود، حيث لم يثن على لحظة واحدة بعلمه ووقته وجهده، رغم ازدحام وقته وكثرة أعبائه، فقد ساهم فى هذا العمل إرشادا، وتوجيها، وتمحيضا. وأفصح لى من وقته وأعطائى من جهده، كما أفصح لى من صدره فلم يثني يوما ما برأى ولم يعتذر عن عدم لقاء. ولا يعنى أمام عجزى عن وفائه حقه إلا أن أدعو الله عز وجل أن يبقيه للعلم ذخرا ولطلابيه سندا وعونا. راجيا الله أن يتولى عنى جزاءه أكرم وأفضل الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير لعالم من علماء القانون الدولى الخاص، الأستاذ الدكتور / أحمد صادق القشيري رئيس جامعة سنجور بالاسكندرية، لتفضله بالموافقة على المشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور / عصام الدين القصبي، أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص بجامعة المنصورة، لتفضله بالموافقة على المشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة.

أسأل الله عز وجل أن ينفعنى أساتذتى وتوجيهاتهم.



### مقدمة

حظى موضوع التحكيم باهتمام بالغ لم يسبق له مثيل على كافة المستويات. فعلى المستوى الدولى، تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة به. ففى ظل عصبة الأمم تم إبرام بروتوكول جنيف فى ٢٤ سبتمبر عام ١٩٢٢ بشأن الاعتراف بصحة شروط التحكيم، كما تم إبرام اتفاقية جنيف فى ٢٦ ديسمبر عام ١٩٢٧ بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية<sup>(١)</sup>. وفى إطار منظمة الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية نيويورك فى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها<sup>(٢)</sup>. كما تم إبرام الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجارى الدولى فى جنيف فى ٢١ إبريل سنة ١٩٦١<sup>(٣)</sup>. فى إطار اللجنة الاقتصادية الأوروبية المنبثقة عن منظمة الأمم المتحدة. واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى فى واشنطن فى ١٨ مارس سنة ١٩٦٥<sup>(٤)</sup>. وذلك فى إطار البنك الدولى للإنشاء والتعمير.

(١) انظر فى التطبيق على هذا البروتوكول، وهذه الاتفاقية:

BERNARD (ALFRED), *L'arbitrage volontaire en droit privé*,  
L.G.D., Paris, 1937, P. 424 et S.

(٢) وقد أُنضت مصر إلى هذه الاتفاقية فى ٩ مارس سنة ١٩٥٩. وقد تم نشر ترجمة

عربية لنصوص الاتفاقية. انظر: الوقائع المصرية، العدد ٢٥، ٥ مايو سنة ١٩٥٩.

وانظر فى التعليق على هذه الاتفاقية:

SANDERS (P.), *La convention de New - York, L'union  
Internationale des avocats*, 1960, P. 292. et *Vingt années  
de la convention de New - York de 1958*, D.P.C.I.,  
1976, P. 359.

(٣) انظر فى التطبيق على هذه الاتفاقية:

KOPELMANAS (L.), *La place de la convention européenne  
sur L'arbitrage commercial international du 12 Avril 1961  
dans L'évolution du droit international de l'arbitrage*,  
A.F.D.I., 1961, P. 331; KLEIN (F-E.), *La convention  
européenne sur l'arbitrage commercial international*, Rev.  
Crit., 1962, P. 621.

A.S.D.I., 1965, P. 220

(٤) انظر نصوص هذه الاتفاقية منشورة فى:

وفى التعليق عليها انظر:

ROULET (J-D.), *La convention du 18 Mars 1965 Pour -*

كما أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أهمية خاصة للتحكيم، فوضعت قواعد خاصة به سنة ١٩٧٦ (١)، كما وضعت القانون النموذجي سنة ١٩٨٥ (٢) لكي تسترشد به الدول عند إصدارها لتشريعات جديدة.

وقد نشأت العديد من مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي، والتي من أهمها محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، والجمعية الأمريكية للتحكيم، ومحكمة لندن للتحكيم. كما أنشأت اللجنة القانونية الاستشارية الأفرو آسيوية مركزين للتحكيم أحدهما في كوالالمبور بماليزيا والآخر بالقاهرة (٣).

وعلى المستوى الداخلي، تصدرت تشريعات مختلف الدول تنظيم التحكيم وبيان قواعده، وتيسير أحكامه. وصدرت العديد من التشريعات الحديثة بشأن التحكيم من أهمها القانون الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٨١ (٤)، والقانون الإيرلندي للتحكيم الصادر سنة ١٩٨٦ (٥)، والقانون الأسباني لسنة ١٩٨٨ (٦)، والقانون الجزائري

---

- le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États., A.S.D.I., 1965, P. 121.

(١) انظر في التعليق على هذه التولعة:

FOUCHARD (Ph.), Le règlement d'arbitrage, clunet, 1979, P. 816.

(٢) انظر في التعليق على هذا القانون:

FOUCHARD (Ph.), La loi - type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, clunet, 1987, P. 861;  
JARVIN (S.), La loi - type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, Rev. Arb., 1986, P. 509.

(٣) انظر: د. سمية رلشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦.

Journal Officiel, 14 Mai 1981.

(٤) انظر نصوص هذا القانون:

Rev. Arb., 1988, P. 349.

(٥) انظر نصوص هذا القانون:

Rev. Arb., 1989, P. 353.

(٦) انظر نصوص هذا القانون:



لسنة ١٩٩٢<sup>(١)</sup>. والقانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وعلى الصعيد الفقهي، حظى موضوع التحكيم باهتمام بالغ من جانب الفقه وتربع على قمة الموضوعات التي شغلت أذهان الباحثين وجنبت أنظارهم. ولذا كثرت فيه المؤلفات، وعينت به المعاهد العلمية<sup>(٢)</sup>. وعقدت من أجله العديد من الندوات والمؤتمرات العلمية<sup>(٣)</sup>. وتزايد عدد الرسائل العلمية التي تناول جوانبه المختلفة<sup>(٤)</sup>.

ولقد انتشر الأخذ بنظام التحكيم، وكثر الالتجاء إليه كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية، وبصفة خاصة تلك الناشئة عن عقود التجارة الدولية. وكان من أوائل هذه العقود وأهمها عقود البترول البرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال. حيث يدل استقراء العديد من عقود البترول - خصوصاً في منطقة الشرق الأوسط - على اتجاه عام يكاد يفند ظاهرة مشتركة هو الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها بين الأطراف. ولكن الزوال الذي يشور هو لماذا يلجأ الأطراف في عقود البترول إلى الأخذ بنظام التحكيم؟

(١) انظر نموس هذا القانون: Rev. Arb., 1993, P. 478.

(٢) راجع، على سبيل المثال، أعمال مجمع القانون الدولي بدور انعقاده باستدرا علم ١٩٥٧ والتوصيات التي أسدراها في هذا الخصوص:

A.I.D.I., 1957, P. 394 etS.

(٣) ويمكن أن نذكر، على سبيل المثال، المؤتمرات التالية: مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٧ - ١٢ يناير عام ١٩٨٩، مؤتمر التحكيم الذي أقيمت كلية حقوق عين شمس بالمريش في سبتمبر عام ١٩٨٧، ومؤتمر التحكيم الذي عقد بشيراتون القاهرة في الفترة من ١٢ - ١٢ سبتمبر بالقاهرة عام ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

(٤) من ذلك: د. علي رمضان على بركات: خصوصية التحكيم في القانون المصري والقانون البلقان، رسالة دكتوراة، كلية حقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٦؛ د. اشرف عبدالمليم الرفاعي: النظام العلم والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس، ١٩٩٧؛ أحمد حسان حافظ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، في ١٩٩٨/٨/٢٠.

### مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود البترول:

قيل في الأخذ بالتحكيم في عقود البترول عدة مبررات يمكن أن نوجزها فيما يلي:

١ - إن الالتجاء إلى التحكيم أقل في التكاليف وأسرع في الإجراءات من الالتجاء إلى المحاكم الوطنية. فبالتحكيم تختصر درجات التقاضي ومراحله، حيث أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام القضائية، الأمر الذي يختصر الإجراءات ويوفر النفقات<sup>(١)</sup>.

بيد أن هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه. فمن ناحية، قد يكون التحكيم أكثر كلفة من القضاء، حيث يدفع الأطراف أتعاب المحكمين، بينما التقاضي يأخذ أجره من الدولة وليس من المتقاضى. ومن ناحية أخرى، قد تستمر بعض المنازعات أمام المحكمين بنحو سنوات. ويمكن أن نذكر في هذا الخصوص النزاع الذي ثار بين حكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيت (ألبسة أراسكو)، فقد استمر هذا النزاع أمام المحكمين منذ عام ١٩٥٥ إلى حين صدور حكم التحكيم في عام ١٩٥٨<sup>(٢)</sup>.

٢ - إن الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود البترول يحتاج إلى مؤهلات عليية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحتة، بدلاً من عرضها على محكمة قضائية تحيلها في أغلب الأحيان إلى خبير لابتداء الرأي الفني فيها، يكون من الأفضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات<sup>(٣)</sup>.

بيد أن ما يحدث في الواقع السلي على خلاف ذلك تماماً. ففي كل المنازعات التي نشأت بسبب عقود البترول وتم اللجوء فيها إلى التحكيم، اختار الأطراف كمحكمين قضاة ورجال قانون بارزين، وليس خبراء في صناعة البترول.

(١) انظر: د. محمد طلعت التنبى، شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الأول والثاني، ١٩٦٠ - ١٩٦١، ص ٤٢؛ وأيضاً: د. أحمد ليولوف، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٩١.

(٢) انظر الحكم منشور في: Rev. Crit., 1963, P. 272.

(٣) انظر: د. محمد طلعت التنبى، شرط التحكيم .... المرجع السابق، ص ٥٢، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩١.

٣ - إن التحكيم يعتبر بمثابة تأمين للشركات المتعاقدة ضد التعديلات التشريعية المفاجئة التي قد تخل بالتوازن الإقتصادي للعقد<sup>(١)</sup>. وبصفة خاصة عندما يكون المحكم مفضوا من قبل الأطراف للفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف (وهو ما يطلق عليه المحكم المفوض بالصلح). لأن المحكم في هذه الحالة لا يلتزم بتطبيق قانون دولة معينة. سواء أكان قانون الدولة المتعاقدة أو قانون دولة الشركة المتعاقدة<sup>(٢)</sup>.

٤ - انعدام ثقة الشركات الأجنبية في القضاء الوطني للدول المنتجة. فهذا القضاء يعتبر - من وجهة نظر هذه الشركات - قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفا فيها مع طرف أجنبي. ودرأ هذا الخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لا يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم<sup>(٣)</sup>.

ويبدو لي أن انعدام ثقة الشركات الأجنبية في القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، وكذلك رغبتهم في التهرب من تطبيق قانونها الوطني، هما البرران الرئيسيان لحرس هذه الشركات على الالتجاء إلى التحكيم في تعاملها مع الدول المنتجة للبتروال.

### أهمية موضوع البحث:

لقد جاء اختياري لموضوع التحكيم في عقود البتروال بصفة خاصة مرتبطا بعدة عوامل من أهمها:

١ - على الرغم من أن موضوع التحكيم قد حظى باهتمام كبير من قبل الفقه الغربي. بيد أنه لم يحظ بنفس القدر من الاهتمام في الفقه العربي إلا في السنوات الأخيرة.

٢ - إذا كان التحكيم في عقود المعاملات المدنية والتجارية المادية

(١) انظر: د. محمد طلعت القنيمي، شرط التحكيم ..... المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) انظر: د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) انظر في نفس المعنى: د. حفيظة السيد العبد، العقود البرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٢٥٧ - ٢٥٨.

تتمتع له أهمية كبرى نظرا لكونه الإجراء الذى تتمتع على الأطراف اللجوء إليه لتسوية أى نزاع أو خلافاً  
تضاعف بالنسبة للتحكيم فى عقود البترول. فالتحكيم هنا يستمد أهميته من  
أهمية عقود البترول ذاتها وكونها ترد على ثروات ذات أهمية حيوية للدول  
المنتجة لها.

٣ - إن التحكيم موضوع الدراسة يشير العديد من المسائل القانونية  
الجديرة بالبحث، من أهمها مسألة أعلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها  
فى الاتفاق على التحكيم، وأثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية  
والتنفيذية، هنا بالإضافة إلى مسألة القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم  
وموضوع النزاع الذى تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفاً فيه.

٤ - إن التحكيم موضوع الدراسة كان مسرحاً لاختبار العديد من  
الأفكار المستحدثة التى قيل بها بشأن تحديد النظام القانونى الذى يحكم  
عقود البترول بصفة خاصة، والعقود البترولية بواسطة الدولة أو أجهزتها  
بصفة عامة.

٥ - صدور العديد من أحكام التحكيم فى المنازعات التى نشأت بين  
الدول المنتجة والشركات الأجنبية بمناسبة عقود البترول البترولية بينهم  
والتي لم تنط بالقدر الكافى من الاهتمام من جانب الفقه العربى على الرغم  
من أنها قد أثارت مسائل قانونية على جانب كبير من الأهمية.

كل ذلك يكمن وراء إختياري لهذا الموضوع «التحكيم فى عقود  
البترول».

#### خطة البحث:

يمر التحكيم فى عقود البترول، شأنه فى ذلك شأن أى تحكيم  
آخر، بثلاث مراحل:

**المرحلة الأولى:** وتطلق باتفاق التحكيم، حيث يتفق الأطراف  
على اللجوء إلى التحكيم، سواء اتخذ هذا الاتفاق صورة شرط تحكيم وارد  
فى العقد أو اتخذ صورة مشاركة تحكيم، أى اتفاق يبرمه الأطراف بغرض

الرجوع إلى التحكيم بصدد نزاع قائم بينهم بالفعل. ويشير اتفاق التحكيم العديد من المسائل من أهمها مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا الاتفاق. بيد أن الفصل في هذه المسألة يتوقف على الفصل في مسألتين أوليتين: تحديد نوع التحكيم في عقود البترول من ناحية أولى، وتحديد نوعية العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول الوارد فيه أو المتعلق به من ناحية ثانية. كما يشير اتفاق التحكيم مسألة الآثار التي تترتب عليه ومدى تعارضها مع الحصانة القضائية والتنفيذية التي تتمتع بها الدولة والأجهزة العامة التابعة لها.

**المرحلة الثانية:** وتتعلق بخسومة التحكيم. وتبدأ بتشكيل محكمة التحكيم وتنتهي بصدر حكم التحكيم. ومن أهم المسائل التي تثار في هذه المرحلة مسألتان غاية في الأهمية: مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ومسألة القانون الذي يحكم موضوع النزاع الناشئ عن عقد البترول.

**المرحلة الثالثة:** وهي المرحلة التالية لصدر حكم التحكيم. وتثار في هذه المرحلة، مسألة تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به، وكيفية الطعن فيه.

وإذا طرحنا جانباً المرحلة الأخيرة المتعلقة بحكم التحكيم من حيث الاعتراف به وتنفيذه وكيفية الطعن فيه، باعتبارها مرحلة مستقلة وقائمة بذاتها وتدرج رحاها أمام القضاء الوطني، فإن الدراسة سوف تنصب إذن على المسائل القانونية التي تثار في المرحلتين الأولى والثانية. ومن ثم نقسم هذه الدراسة إلى بابين:

**باب أول ونخصه لاتفاق التحكيم.** وباب ثان ونخصه للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع. على أن نعهد لذلك بباب تمهيدى نتعرف فيه على عقود البترول ونبين فيه خصائصها.

ولود أن أتوه من الآن إلى أمرين:

**الأول:** أن هذه الدراسة سوف تشمل المسائل القانونية التي يثيرها التحكيم في عقود البترول بصفة خاصة، والمسائل التي يثيرها موضوع

التحكيم بصفة عامة، وذلك لاعتبارين هما: أن تأتى الدراسة متكاملة، وأن أقدم للقارئ المهتم بهذا النوع من التحكيم القدر الكافى من المعلومات التى تعفيه من عناء البحث والتنقيب بين جنبات كتب فقه التحكيم عموما عن المبادئ والقواعد السائدة فى مجال التحكيم بصفة عامة والتى تنطبق بالضرورة على التحكيم فى عقود البترول.

الثانى: أنى سأعرض فى كل مسألة من المسائل التى أتناولها لموقف الفقه والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية - ونقصد بها القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦، والقانون النموذجى الصادر عن نفس اللجنة، وتلك النافذة لدى أهم المراكز الدائمة للتحكيم - وكذلك موقف بعض القوانين الحديثة التى صدرت مؤخرا بشأن التحكيم.

وفى ضوء ما تقدم نقسم هذه الدراسة على النحو التالى:

الباب التمهيدي: التعريف بعقود البترول وبيان خصائصها.

الباب الأول: اتفاق التحكيم.

الباب الثانى: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع.

## الباب التمهيدي

### التعريف بعقود البترول وبيان خصائصها

تمهيد وتقسيم:

تعتبر عقود البترول<sup>(١)</sup> من العقود الحديثة النشأة نسبيا إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية والتجارية سواء في مجال المعاملات الداخلية أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة. فهذه

(١) يطلق على عقود البترول تسميات عديدة، فقد أطلق عليها بعض الفقهاء إسملاح «الاتفاقيات البترولية»، (د. أحمد عبدالحيد عشوش؛ النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥). كما أطلق عليها البعض الآخر إسملاح «عقد الامتياز للبترول»، (د. محمد طلعت النيسى؛ تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، علم ١٩٦٧). ونحن من جانبنا قد فضلنا استخدام إسملاح «عقد البترول» بدلا من الإسملاحات الأخرى. وذلك لأن استخدام إسملاح «عقد» يبرر بوضوح ودقة عن حقيقة المنصود، وأصدق في دلالة على مضمون الاتفاق الجرم بين الأطراف، في حين أن استخدام إسملاح «اتفاقية» هنا يعد غير دقيق، إذ عادة ما يستخدم هذا الإسملاح في نطاق القانون الدولي العام عندما تبرم الدولة اتفاقية مع دولة أجنبية. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن كان استخدام إسملاح «الامتياز» والذي ظل شائنا في النصف الأول من القرن الحالي، له ما يبرره عندما كان الامتياز هو الشكل القانوني السائد لتنظيم العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول، فلم يعد له اليوم ما يبرره بعد أن ظهرت أشكال قانونية جديدة حلت محل عقود الامتياز. هذا ولقد كان إسملاح «عقد البترول» محل تفضيل من قبل جالب من الفقهاء، انظر على وجه الخصوص، مع المزيد من التفاصيل:

Mustapha (M.), Les aspects juridiques des rapports entre États producteurs de pétrole et compagnies pétrolières étrangères, Thèse, Paris, 11. 1971, P. 12 et ss. Spéc. P. 19.

ونظرا أيضا د. أحمد أبو الوفا، للتحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٨٨، ص ٨٨ وبصفة خاصة ص ٩٥، هاشم رقم (٢). وأيضا د. عبدالحليم محمد سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، خصوصا ص ٢ هاشم رقم (١).

هنا وما تجدر الإشارة إليه أن عقود البترول تدخل ضمن طائفة العقود التي يطلق عليها تسميات متنوعة مثل «اتفاقيات التنمية الاقتصادية» أو «اتفاقيات شبه الدولية» أو «عقود الدولة» على نحو ما سترى أثناء هذه الدراسة.

المعقود، بالنظر إلى كونها بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية. لم تظهر إلى حيز الوجود إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته، أي منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، فإنه بانتشار عقود البترول في النصف الأول من القرن الحالي، أصبحت هذه العقود محلا للكثير من الدراسات الفقهية، ومجالا خصباً لإعمال العديد من الأفكار والنظريات التقليدية والحديثة على حد سواء على نحو ما سنرى فيما بعد أثناء هذه الدراسة.

هذا ويخضع عقد البترول باعتباره عقداً للنظرية العامة للمعقود شأنه في ذلك شأن بقية المعقود الأخرى. وعلى ذلك يجب قيام عقد البترول وانعاقده أن تتفق إرادتان أو أكثر على إحداث الأثر القانوني المطلوب. فأساس أي عقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة المشتركة هي التي تنشئ العقد وتعيّنه، كما أنها هي التي تحدد آثاره<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، يلزم تمام عقد البترول أن يتم التصديق عليه من قبل السلطة التشريعية المختصة في الدولة المتعاقدة.

ففي معظم الدول المنتجة للبترول - خصوصاً في منطقة الشرق الأوسط - تستلزم الأنظمة القانونية البترولية أن يتم التصديق على عقد البترول من قبل السلطة التشريعية وصدر قانون به وذلك نظراً لأهمية الثروة التي يعد العقد وسيلة لاستثمارها<sup>(٣)</sup>، ولكن ذلك ليس معناه انتفاء

---

(١) فعلى الرغم من أن الإنسان قد عرف البترول قديماً واستخدمه منذ آلاف السنين، بيد أن إنتاج البترول وتطور صناعته لم يبدأ على نطاق واسع إلا في النصف الثاني من القرن الماضي وذلك عندما نجح «إدوين ديك» في ٢٨ أغسطس عام ١٨٥٩ في حفر أول بئر لاستخراج البترول بالقرب من مدينة «تيتوسفيل» بولاية بنسلفانيا في الولايات المتحدة الأمريكية. راجع مع المزيد من التفاصيل: أ. د. مصطفى خليل، تطور الصراع نحو السيطرة على البترول العالمي، للكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٠، ص ٢٠ ومبداها، وأيضاً: د. عبدالحليم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١١ - ١٢.

(٢) انظر: د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معقدة ومقارنة بالنقطة الإسلامية، علم ١٩٨٤، بدون رقم نشر، ص ٤٠، ٤١، ٤٢.

(٣) انظر: د. عبدالحليم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٤، ١٩٨. وأيضاً:



المطابع التعاقدى عن العقد، وأنه يعتبر بالتصديق عليه بمثابة قانون. إن الإجراء المتمثل في التصديق على العقد من قبل السلطة التشريعية هو نوع من الرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية على بعض أعمال السلطة التنفيذية التي تكون ذات أهمية حيوية للمجتمع بأسره<sup>(١)</sup>.

ويعتبر عقد البترول، - بالنظر إلى تسميات العقود<sup>(٢)</sup> - من العقود الملزمة للجانبين، حيث إنه يرتب حقوقاً والتزامات متبادلة على عاتق كلا الطرفين. كما أنه يعتبر من العقود طويلة المدة *A long terme* وذلك لأن البحث والتنقيب عن البترول، وكذلك إنتاجه واستغلاله يستغرق فترات زمنية طويلة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في نفس المعنى: د. عبد الرحيم محمد سيد، المرجع السابق، ص ٢١١. وينظر أيضاً: حكم التحكيم الصادر في التراجع الذي ثار بين حكومة السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية المسماة «أرامكو» عام ١٩٥٨ منشور في: *Rev. Crit, 1963, P. 272, Spec. P.341 etS.* حيث رفض النظر إلى العقد الجرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو في ٢٩ مايو عام ١٩٦٢ والمدقق عليه بالرسوم الملكية رقم ١١٢٥ في ١٧ يوليو ١٩٦٢، والعقد الجرم بين حكومة السعودية ولأونيس في ٢٠ يناير عام ١٩٥١ والمدقق عليه بالرسوم الملكية رقم ٥٧٢٧ في ٩ أبريل عام ١٩٥١، على أنها بمثابة قوانين حقيقية *Véritables Lois*. وأكد على المطابع التعاقدى المحض لهذين التقديرين.

(٢) انظر في تسميات العقود: د. عبدالفتاح عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٥٥ ومبهمها، بند ٢٠ ومبهمه.

(٣) يلاحظ أننا لم نعرض في المتن لتحديد ما إذا كان عقد البترول من العقود المسماة أو من العقود غير المسماة، وذلك لأن هذا الأمر يتوقف على ما إذا كان الشرع قد تكفل بوضع أحكام خاصة به من عدمه. ومن ثم يمكن القول بأن عقد البترول يعد من العقود المسماة عندما يتناول الشرع بالتنظيم ويضع أحكاماً خاصة به، ويعد من العقود غير المسماة عندما لا يتكفل الشرع بوضع أحكام خاصة به.

كما يلاحظ أيضاً أننا لم نعين ما إذا كان عقد البترول من العقود الرضائية وهي العقود التي تتمتع ونتاج آثارها بمجرد توفر الرضاء بها، أم من العقود الشكلية وهي العقود التي يستلزم الشرع لانقادها أن يرد الرضاء بها في شكل معين. وذلك لأن اعتبار عقد البترول من العقود الرضائية أو من العقود الشكلية يتوقف على التائون الذي يحكم إبرام العقد وما إذا كان يعتبر عقد البترول من العقود الرضائية أم من العقود الشكلية.

ومع ذلك يمكن اتقوله بأن عقود البترول تعتبر من العقود الشكلية وذلك لأن الأنظمة القانونية في العديد من الدول المنتجة للبترول - خصوصاً في منطقة -

وإلى جانب هذه الخصائص التي يشترك فيها عقد البترول مع غيره من العقود، يتمتع عقد البترول بخصائص ذاتية تميزه عن بقية العقود الأخرى سواء من حيث أطرافه أو المحل الذي يرد عليه، أو من حيث الأشكال المختلفة التي يتخذها، أو الحقوق والالتزامات المتبادلة التي يرتبها على عاتق طرفيه، أو من حيث الشروط التي يتضمنها.

فمن حيث أطراف عقد البترول فإن هذا العقد غالباً ما يتم إبرامه بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة التابعة لها، وإحدى الشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال. ومن حيث المحل فإن عقد البترول يتعلق باستخراج واستغلال مورد من الموارد الطبيعية ذي أهمية حيوية للدولة المالكة والدول المستهلكة على حد سواء. ومن ناحية الأشكال المتنوعة التي تتخذها عقود البترول، فقد اتخذت هذه العقود في بداية الأمر شكل عقد الامتياز ثم ظهرت إلى الوجود بعد ذلك أشكال تعاقدية جديدة مثل المشاركة والمقاولة واقتسام الإنتاج. ومن ناحية الحقوق والالتزامات التي تترتب على عقود البترول، فإن هذه العقود ترتب حقوقاً ليست تعاقدية محضة مثل الحق في الاستيراد والتصدير مع التسعع بالإعفاءات الجمركية. وانحق في التسعع بالإعفاءات الضريبية .... الخ.

وأخيراً، تتضمن عقود البترول بعض الشروط من غير المألوف إدراجها في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة. ومنها ما يسمى بشرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد.

ولما كان ما يعيننا في هذا الصدد هو التعرف على الخصائص التي تتميز بها عقود البترول عن بقية العقود الأخرى المتباد إبرامها بين أشخاص القانون الخاص في إطار المعاملات الدولية الخاصة، فسوف نخمس هذا الباب لدراستها. وفي ضوء ما تقدم، نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول وذلك على النحو التالي:

---

الفرق الأوسط - تستلزم تمام إنفاذها التصديق عليها من قبل السلطة التشريعية المختصة، على نحو ما رأينا في الفتر رابع في العقود المسماة والعقود غير المسماة، والعقود الترضائية والعقود الشكلية، أترجع المذبح أعلاه نسر اليوم

الفصل الأول: ونتكلم فيه عن أطراف عقود البترول والمحل الذى  
ترد عليه وأهميته.

الفصل الثانى: ونتعرض فيه للأشكال المختلفة التى تتخذها عقود  
البترول.

الفصل الثالث: ونبين فيه أهم الحقوق والالتزامات التى تنشأ هذه  
العقود وأهم الشروط التى تتضمنها.



## الفصل الأول

### أطراف عقد البترول والمحل الذي يرد عليه وأهميته

تتميز عقود البترول من حيث أطرافها، وكذلك أيضا من حيث المحل الذي ترد عليه، ونعرض في مبحث أول لأطراف العقد، ثم نعرض في مبحث ثان لمحل العقد وأهميته.

## المبحث الأول

### أطراف عقد البترول

تتميز عقود البترول بالتفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية بين أطرافها. فهذه العقود تبرم غالبا بين طرفين غير متكافئين: طرف وطني وهو الدولة أو إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، من ناحية أولى، وطرف أجنبي يتمثل في إحدى شركات البترول الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى، من ناحية ثانية. فالدولة كطرف في العقد تعتبر من جهة شخصا من أشخاص القانون العام الداخلي، وتعتبر من جهة أخرى شخصا من أشخاص القانون الدولي العام. ولذلك تتمتع الدولة بسلطات وامتيازات خاصة لا تتمتع بها الشركة الخاصة الأجنبية المتعاقدة معها على الرغم من قوة هذه الأخيرة المالية والاقتصادية التي قد تفوق في بعض الأحيان قدرة الدولة ذاتها. بينما تعتبر الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة شخصا من أشخاص القانون الخاص كما أنها تعد شخصا من أشخاص القانون الداخلي وليست من أشخاص القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>.

ونعرض فيما يلي للمقصود بالطرف الوطني والطرف الأجنبي في عقد البترول كل في مطلب مستقل.

---

(١) في نفس المعنى راجع د. حفيظة السيد الحباد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد طبيعتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٢٥.

## المطلب الأول

### المقصود بالطرف الوطنى

يمثل الطرف الوطنى - عادة - فى عقود البترول إما فى الدولة ذاتها أو فى إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الموارد البترولية فى الأنظمة القانونية المختلفة<sup>(١)</sup> تعد ملكا للدولة، أى من الأملاك العامة. ولذلك فإن الدولة هى التى تتولى استغلالها والتعاقد بشأنها سواء بنفسها أو بواسطة أحد الأجهزة التى تنشئها لهذا الغرض.

ولا يشير تحديد المقصود بالدولة باعتبارها طرفا فى العقد أية صعوبة تذكر، وذلك فى الفرض الذى تتولى فيه الدولة إبرام العقد بنفسها عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء. فالدولة بوظيفتها شخصا من أشخاص القانون الدولى العام مفهوم قانونى لا يحتاج إلى أى إيضاح أو بيان<sup>(٢)</sup>. وفى الفرض الذى تكون الدولة ذاتها طرفا فى العقد، يمكن القول بأن هذا العقد يندرج ضمن طائفة العقود التى اصطلاح على تسميتها بعقود الدولة «Contrats d'État» أو «State Contracts». بيد أن الصعوبة قد تثار فى الفرض الذى لا تتولى فيه الدولة بنفسها إبرام العقد مع الطرف الأجنبى، وإنما يتم إبرام العقد بواسطة إحدى الشركات أو المؤسسات العامة التابعة لها. ففى هذا الفرض، يثار التساؤل عما إذا كانت الدولة تعد طرفا فى العقد من عدمه؟ وبعبارة أخرى يثار التساؤل عما إذا كان العقد يعد من قبيل عقود الدولة أم لا؟

---

(١) وذلك باستثناء النظام المتبع فى الولايات المتحدة الأمريكية حيث تتمر الموارد البترولية سلوكة لملك سطح الأرض، أى من قبيل الملكية الخاصة وليست الملكية العامة. انظر مع الزيد من التفاصيل حول ملكية البترول فى الأنظمة القانونية المختلفة، د. عبدالرحيم محمد سعيد، للرجوع السابق، ص ٢٨ ومبيناها.

(٢) انظر د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، ١٠٠٠، للرجوع السابق، ص

ويرجع سبب هذا التساؤل إلى أن الدولة في الماضي - في ظل عقود امتياز البترول التقليدية - كانت تتولى بنفسها إبرام هذه العقود مع الشركات الأجنبية صاحبة الامتيازات. بيد أنه من الملاحظ الآن أن الدولة، في بعض الأحيان، قد لا تتدخل بشكل مباشر في إبرام العقد، وإنما تغول إحدى المؤسسات أو الشركات العامة التابعة لها والمنشأة لهذا الغرض. فقد أنشأت العديد من الدول المنتجة للبترول هيئات عامة أو شركات وطنية لكي تتولى مهمة إبرام عقود البترول مع الشركات الأجنبية. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، الشركة الوطنية العراقية للنفط «اينوك» أو «INOC»<sup>(١)</sup>، والشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك» أو «NIOC»<sup>(٢)</sup>، والشركة الجزائرية سوناطراك «SONATRACH»، والشركة الأندونيسية «برمينا» «PERMINA»، وشركة البترول الأرجنتينية «Y.P.F.A.»<sup>(٣)</sup>، وشركة البترول البوليفية «Y.P.F.B.»<sup>(٤)</sup>، (٥).

ووفقا للرأي السائد في الفقه (٦) - المعنى بدراسة عقود الدولة

---

(1) IRAQ. National oil company «INOC.»

(2) National Iranian oil company «NIOC.»

(3) Yacimientos petrolíferos Fiscales Argentine «Y.P.F.A.»

(4) Yacimientos petrolíferos Fiscales Bolivianos «Y.P.F.B.»

(٥) راجع في ذلك: د. محمد يوسف علوان، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد ١١ - ١٢، السنة ٢٤، عام ١٩٧٦، ص ١٦٩٥ ولاحقا، خصوصا ص ١٦٩٧ - ١٦٩٨.

(٦) انظر:

Weil (P.): Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, Recueil des cours, 1969, P. 95, Spec. P. 105.

حيث يذكر:

«la Notion d'État sera entendre d'une manière large, on considérera en effet ... comme des contrats d'État les accords conclus par des organismes mi-publics, mi-privés intervenant pour le compte de l'État bien que possédant une personnalité juridique distincte.»

بصفة عامة - فإن عقود الدولة تشمل، إلى جانب العقود التي تتولى الدولة إبرامها بنفسها، العقود التي تتولى إبرامها الأجهزة التابعة للدولة.

- وانظر أيضا:

Beltemm (D.): Les contrats entre États et personnes privées étrangères, Droit applicable et responsabilité internationale, Thèse, Lausanne, 1988, P. 20.

إذ يذكر:

«Nous qualifierons de «contrats d'État» Tout accord conclu entre un individu et une personne morale de droit public ... cette définition ... englobe non seulement les contrats conclus par le gouvernement central, mais également ceux qui l'ont été par d'autres organes étatiques, Y compris les organismes mi-Privés, mi-publics, chargés de l'exécution de tâches habituellement confiées à l'État.»

وانظر أيضا:

Audit (B.): L'arbitrage transnational et les contrats d'État, Academie de droit international de la Haye, centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, 1987, P. 23, Spéc. P. 30

حيث يذكر:

«Les contrats d'État sont ceux qui unissent un État ou une autorité publique à une personne privée étrangères.»

وانظر أيضا:

Leboulanger (Ph.): Les contrats entre États et entreprises étrangères, economica, Paris, 1985, PP. 8 - 9, No 15 - 17.

وأيا:

Verhoeven (J.): Contrats entre États et ressortissants d'autre États, Le contrat économique international, travaux des VII Journées d'études juridiques, Jean-Dabin, Paris, pédone, 1975, P. 115, Spéc. PP. 118 - 119, No. 4.

وانظر في الفقه المصري: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....  
المرجع السابق، ص ٢٨.



ويستند بعض الفقهاء<sup>(١)</sup>، في تأييدهم لوجه النظر هذه، إلى اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي تم التوقيع عليها في واشنطن عام ١٩٦٥. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من هذه الاتفاقية على أن «١- يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتي تقوم الدولة بتحديددها للمركز...»<sup>(٢)</sup>.

فكما هو واضح من النص فإن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي أنشأته الاتفاقية المذكورة، لا يختص فقط بنظر المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها، بل يمتد اختصاصه ليشمل أيضا المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز.

وباعمالا لهذا الاتجاه الفقهي السائد بالنسبة لمقود الدولة بصفة عامة يمكن القول بأن عقود البترول تعتبر من قبيل عقود الدولة حتى في الفرض الذي تقوم فيه إحدى المؤسسات أو الهيئات أو الشركات العامة بإبرام العقد مع الشركة الأجنبية الخاصة.

(١) انظر:

Weil (P.): Problèmes relatifs ..... Op. Cit. P. 105. NO. 7.

وانظر أيضا:

Buttems (D.): Op. Cit., P. 20.

وانظر في الفقه المصري: د. حفيظة السيد السعيد، المقود البرمة بين الدول ...، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«La compétence du centre S'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (Ou telle collective Publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) ...».

راجع نصوص هذه الاتفاقية منشورة في:

A.S.D.I., 1965, P. 221.

ولقد ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى النظر إلى عقود البترول المبرمة بواسطة الأجهزة العامة التابعة للدول المنتجة على أنها من قبيل عقود الدولة. وقد برر ذلك بالقول بأن هذه الأجهزة هي عبارة عن شركات عامة أو شركات دولة بمعنى الكلمة. إذ أنه من الصعب فصلها عن الدولة التي أنشأتها، وذلك لأن الدولة هي التي تغطي كل رأس مالها، كما أن هذه الشركات تعمل تحت رقابة الدولة على الرغم من تمتعها، في بعض الأحيان، بالاستقلال القانوني. وترتبط على ذلك - وفقا لهذا الرأي - فإن عقود البترول التي تقوم هذه الشركات بإبرامها مع شركات البترول الأجنبية لا تعتبر من قبيل العقود المعتادة المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وإنما هي عقود مبرمة بين أشخاص عامة أو دول من جهة، وأشخاص خاصة تنتمي إلى القانون الخاص من جهة أخرى. وبعبارة أخرى، فإن هذه العقود تعد من قبيل عقود الدولة.

---

(١) انظر: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٦٦٨، وفي نفس المعنى يمكن أن نذكر:

Weil (P.), Problèmes relatifs ..... Op. Cit., P. 105.

حيث يذكر:

«Le cas typique est celui des organismes juridiquement indépendants qui Agissent pour le compte de l'État dans de nombreux pays producteurs de pétrole et constituent en quelque sort son bras séculier dans le secteur pétrolier. C'est ainsi que la NIOC (National Iranian Oil company), qui est défini par ses status comme un organisme commercial dont le capital est divisé en actions, assume une mission et revêt une Nature essentiellement publiques, Puisque aussi bien ses organes dirigeants sont désignés par les pouvoirs publics et qu'elle prend dans ses contrats des engagements pour le compte de l'État iranien.»

وليس:

Verhoeven (J.), Contrats entre ..... Op. Cit. P. 110.

حيث يذكر:

«Considérons - nous comme «State contracts» les accords convenus. Par exemple, entre des sociétés étrangères et L'Iraq National Oil Cy (INOC), la National Iranian oil Cy (NIOC) ..

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أن المحكم CAVIN قد اعتنق وجهة النظر هذه في حكم التحكيم الذي أصدره في قضية شركة البترول الكندية سافير SAPHIRE ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (والمسماة نيوك)، وذلك عندما قدر أن العقد المبرم بين الشركة الكندية سافير والشركة الوطنية الإيرانية يختلف عن العقود التجارية المعتادة، أي العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وذلك لأن هذا العقد يربط شركة وطنية تخضع للقانون العام من ناحية، وشركة تجارة أجنبية تخضع للقانون الخاص من ناحية أخرى<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول أن الطرف الوطنى فى عقود البترول إما أن يكون الدولة ذاتها، أو إحدى المؤسسات أو الهيئات أو الشركات العامة التابعة لها. وأنه وفقا للرأى السائد فى الفقه فإن عقود البترول تندرج ضمن طائفة العقود التى اسئلح على تسميتها بعقود الدولة. وهى العقود السـرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. حتى فى الفرض الذى لا تتولى فيه الدولة بنفسها إبرام العقد، بل تقوم به نيابة عنها إحدى الشركات العامة (أو الهيئات أو المؤسسات العامة) التابعة لها.

ومن جانبى لا أرى أن عقود البترول تعتبر من ضمن طائفة عقود الدولة فحسب، بل إن هذه العقود تعتبر بمثابة الأساس الذى بنيت عليه الاتجاهات الفقهية المتعلقة بعقود الدولة. فعقود البترول تعد دائما بمثابة المثال النموذجى الذى يستند إليه الفقه المعنى بدراسة عقود الدولة فى تشييد أرائه الفقهية.

(١) إذ يذكر المحكم:

«Le présent contrat diffère profondément des contrats commerciaux usuels ... tout d'abord il lie d'une part une société Nationale, Soit une corporation dont le statut dominant est celui d'une corporation publique, d'autre part une société commerciale étrangère, régie par un statut civil étranger.».

راجع فى ذلك:

Lalive (J.F.): Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'État et une société privée étrangère (Sapphire international petroleum limited. C / National Iranian oil company). A.S.D.I. 1962, P. 273, Spéc. P. 284.

## المطلب الثاني

### المقصود بالطرف الأجنبي

إن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة في عقود البترول دائما ما يكون إحدى الشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال، أي شخص من الأشخاص المعنوية *Une personne morale*. إذ من النادر أن يكون هذا الطرف شخصا من الأشخاص الطبيعية *Une personne physique*<sup>(١)</sup>. ولعل ذلك يرجع إلى أن هذه العقود تتطلب خبرات فنية وموارد مالية ضخمة قد لا تتوافر إلا لدى الأشخاص المعنوية مثل الشركات البترولية الكبرى.

ولما كانت الشركات البترولية الأجنبية هي بمثابة الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة (أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة) في عقد البترول، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو متى يمكن القول بأن الشركة الطرف في العقد تعد شركة أجنبية؟ وبعبارة أخرى، ماهو الضابط الذي يستعان به في إضفاء الصفة الأجنبية أو الوطنية على الشركة المتعاقدة بحيث يمكن القول بأن العقد مبرم مع طرف أجنبي من عدمه؟

إن المعيار السائد في مجال القانون الدولي الخاص للتمييز بين الأجنبي والوطني هو معيار الجنسية *La Nationalité*. فالجنسية هي المعيار أو الضابط الواجب الاتباع في تحديد مدى تمتع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية بالصفة الأجنبية أو الوطنية. وبالتطبيق لهذا المعيار، يمكن القول بأن الشركة المتعاقدة الطرف في العقد تعد أجنبية عندما لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في العقد، وتعد وطنية عندما تحمل جنسية هذه الدولة. وبصفة عامة، يمكن القول بأن الصفة الأجنبية تلحق بكل شركة لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة معها<sup>(٢)</sup>.

(١) وذلك بلشأنه العقد الذي أبرته الحكومة الإيرانية مع وليم دارس (الإنجليزي الجنسية) سنة ١٩٠١، والعقد الذي أبرته حكومة السلطنة العثمانية مع أوناليس بشأن نقل البترول والذي كان سببا في النزاع الذي ثار بين حكومة السعودية وشركة البترول الأمريكية المسماة أرامكو *ARAMCO*.

(٢) انظر استأذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأبحاث وتنازع القوانين، طبعة ١٩٩١ - ١٩٩٢، ص ٨، ص ١٥، وأيضا: د. عوض الله شبيب الحد السراغي، عقود المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٨٩.

وقد تبني الفقه<sup>(١)</sup>، المعنى بدراسة عقود الدولة ضابط الجنسية في تحديد صفة الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ BERLIN: أن الصفة الأجنبية تلحق بكل شخص يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد<sup>(٢)</sup>.

كما أخذت بهذا الضابط اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من هذه الاتفاقية على أنه «يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة:

أ- كل شخص لم يمتنع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع ...

ب - كل شخص ممنوى يحوز جنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع ...»<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر:

Verhoeven (J.): Contrats entre ....., Op. Cit., P. 120

حيث يذكر:

«De Soi, la Notion de «ressortissant étranger» ne devrait pas susciter de réelles difficultés. elle appelle une application des règles de Nationalité ...».

وانظر أيضا:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 9, N. 18.

حيث يذكر:

«Il conviendra préalablement de définir sa Nationalité Pour en conclure qu'elle ne relève pas de l'État avec lequel elle contracte.».

(٢) انظر:

Berlin (D.): Le régime juridique international des accords entre États et ressortissant d'autres États, Thèse, Paris, 1977, PP. 15 - 16.

(٣) يقول النسخ بالفرنسية:

«Ressortissant d'un autre État contractant signifie:

A) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend ... -

مجل التول إذن أن تحديد الصفة الأجنبية للشركة المتعاقدة الطرف في العقد يتم طبقاً للمعيار أو الضابط السائد في مجال القانون الدولي الخاص لتحديد الأجنبي بصفة عامة وهو معيار أو ضابط الجنسية. فالشركة المتعاقدة تحمل الصفة الأجنبية متى كانت غير متمتعة بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في العقد.

وفي معظم الأحيان، فإن الشركات الأجنبية. الأطراف في عقود البترول تكون شركات خاصة Sociétés privées، أى من أشخاص القانون الخاص في الدول التي تحمل جنسيتها.

ومع ذلك، نجد في بعض الأحيان، أن الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، وعلى الرغم من صفتها كشخص من أشخاص القانون الخاص، تخضع للرقابة والإشراف من قبل الدولة التي تنتمي إليها، وتتصرف وكأنها جهاز وطني Un Organe étatique ذو نشاط تجاري. ومن قبيل ذلك شركة البرتش بتروليم (B.P.) البريطانية، حيث تحوز الحكومة البريطانية على ٥١% من رأس مالها، كما أن للحكومة عدداً من الممثلين في مجلس إدارتها.

وفي أحيان أخرى، نجد أن بعض الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدول المنتجة للبترول، تعتبر من أشخاص القانون العام في الدول التي يحملون جنسيتها. ومن قبيل هذه الشركات الشركة الوطنية الإيطالية للمواد الهيدروكربونية (E.N.I) Ente Nazionale idrocarburi فهذه الشركة تعتبر شخصاً من أشخاص القانون العام بموجب القانون الإيطالي الصادر بإنشائها في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣. كما أن الشركة الفرنسية إيراب Entreprise de recherche et d'activité pétrolière (ERAP) تعتبر مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية وفقاً للمرسوم الصادر في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٧<sup>(١)</sup>.

- 
- b) Toute personne morale qui possède la Nationalité d'un État contractant autre que l'État Partie au différend ...»

(١) راجع: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٦٩٩ - ١٧٠٠. وراجع أيضاً: Weil (P.): Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 106.

ففي مثل هذه الحالات يثور التساؤل عما إذا كان يجب معاملة عقود البترول المبرمة بواسطة الدولة ذاتها (أو بواسطة إحدى هيئاتها أو شركاتها العامة) مع الأشخاص الأجنبية العامة نفس المعاملة - من حيث الناحية القانونية - التي تلقاها عقود البترول المبرمة بواسطة الدولة (أو إحدى هيئاتها أو شركاتها العامة) مع الشركات الأجنبية الخاصة أم أنه يجب التمييز بينهما؟

يرى جانب من الفقه<sup>(١)</sup> عدم وجود أى ضرورة للفرقة بين العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية العامة وتلك التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، وذلك على أساس أن الطائفة الأولى من العقود تثير نفس المشكلات القانونية التي تثيرها الطائفة الثانية. ومن ثم يجب أن تلقى كل من الطائفتين معاملة قانونية واحدة.

(١) انظر:

Weil (P.): Problèmes relatifs ..... Op. Cit., P. 107.

حيث يقول:

«Sur le plan Juridique en tout cas, les problèmes posés par les contrats de l'Agip et de l'ÉRAP sont proches de ceux soulevés par les contrats des grandes compagnies pétrolières du secteur privé, et l'on peut sans inconvénient les considérer comme de contrats entre États et personnes privées étrangères.».

وانظر أيضا:

Leboulanger (Ph.): .... Op. Cit., P. 9, N. 18.

حيث يرى:

«Nous estimons qu'un contrat conclu par une entreprise publique ou un établissement public avec un État ou avec une autre entreprise publique n'est pas fondamentalement différent d'un contrat auquel une entreprise privée est partie.».

وانظر أيضا: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠٠، حيث يرى أن هذه الشركات تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي، وتصرف كشخص خاص وتستخدم الأساليب المعروفة في التجارة.

وانظر أيضا: د. حفيظة السيد أحمد، عقود البرمة بين الدول ..... المرجع السابق، ص ١٦٢، وعكس ذلك. راجع د. عوض الله شعبة الحيد المرفأى، المرجع السابق، ص ص ١٨٥ - ١٩٦.

ولقد برر البعض منهم<sup>(١)</sup> ذلك بقوله إذا كانت سفة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على جانب كبير من الأهمية. بيد أنها ليست حاسمة في تحديد النظام القانوني للمقد. وليس لها أى تأثير على طبيعته القانونية.

ونحن من جانبنا نميل إلى الأخذ بهذا الحل بالنسبة لعقود البترول. حيث يبدو لنا أنه من غير المنطقي أن نميز بين عقد البترول الذي تبرمه الدولة مع إحدى شركات القانون الخاص الأجنبية، والعقد الذي تبرمه الدولة مع إحدى شركات القانون العام الأجنبية. كما لا يوجد ما يبرر مثل هذه التفرقة إذ أن كلا من المقيدين يشير نفس المشكلات القانونية.

خلاصة القول أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة - في عقود البترول - غالباً ما يكون إحدى الشركات الكبرى العاملة في مجال البترول. أى أحد الأشخاص المعنوية. وأن التباين في تحديد السفة الأجنبية للشركة الطرف في العقد هو ضابط الجنسية. فالشركة المتعاقدة تحمل السفة الأجنبية متى كانت غير متتمة بجنسية الدولة الطرف في العقد. وأنه في الغالب الأعم يكون الطرف الأجنبي في عقود البترول إحدى شركات القانون الخاص. ومع ذلك، قد يكون الطرف الأجنبي. في بعض الأحيان. إحدى شركات القانون العام في الدولة التي تحمل جنسيتها.

---

(١) راجع:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 9., No 18.

حيث يقول:

« Nous ne pensons pas qu'il soit besoin de les distinguer. en effet. Si la qualité de la partie étrangère cocontractante est importante, elle N'est pas déterminante au regard du contrat, ni de Nature à influencer sur sa qualification. ».



## المبحث الثانى

### المحل الذى ترد عليه عقود البترول وأهميته

تتميز عقود البترول عن بقية العقود الأخرى، سواء تلك المبرمة فى إطار المعاملات الداخلية أو المبرمة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة. من حيث المحل أو الموضوع الذى تنصب عليه هذه العقود. ذلك أن عقد البترول ليس من العقود العادية التى تنصب على عملية واحدة وتنقضى بمجرد تنفيذها كعملية شراء القطن أو الحبوب أو بناء سفينة مثلاً. وإنما يتضمن عقد البترول استخراج واستغلال مورد هام من الموارد الطبيعية لفترات زمنية طويلة.

فبسبب هذا النوع من العقود - وعلى نحو ما سنرى فيما بعد عند التعرض للأشكال المختلفة التى يتخذها عقد البترول - تقوم الشركة المتعاقدة بالبحث والتنقيب عن البترول فى إقليم الدولة المتعاقدة أو فى جزء منه، خلال فترات زمنية معينة، حسبما يتم الاتفاق عليه فى العقد. فإذا نجحت فى اكتشاف البترول بكميات تملح للاستغلال التجارى، تقوم بالأعمال اللازمة للمحافظة على البترول وتنمية حقول البترول المكتشفة، ثم تتولى القيام بإنتاج البترول واستغلاله. وقد يشمل العقد إلى جانب القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإنتاجه واستغلاله، العديد من العمليات الأخرى مثل نقل البترول المنتج وتكريره وتسويقه. وذلك وفقاً لما يتفق عليه الأطراف فى العقد.

ولما كان محل هذه العقود وموضوعها هو استخراج واستغلال الثروات البترولية، وهى ثروات ذات أهمية حيوية، فإن أهمية هذه العقود ترجع إلى أهمية الثروات البترولية التى يعد العقد وسيلة لاستغلالها واستثمارها. فالبتترول ليس سلعة تجارية فحسب، بل سلعة استراتيجية وسياسية.

وأهمية البترول ليست فى حاجة إلى تأكيد. فالبتترول ذو أهمية اقتصادية وسياسية، ويهم كل من الدول المنتجة له، والتى تنتمى غالباً إلى طائفة الدول النامية أو دول العالم الثالث، والدول المستهلكة له، والتى تنتمى

غالباً إلى طائفة الدول الصناعية المتقدمة. فالبترول بالنسبة لغالبية الدول المنتجة له يعد، إن لم يكن المصدر الوحيد، المصدر الرئيسي للدخل القومي، حيث تشكل العوائد البترولية بالنسبة للدول المنتجة قرابة ٤٦٪<sup>(١)</sup> من الدخل القومي لهذه الدول، تلك العوائد التي تعتمد عليها الدول المنتجة في النهوض بتنميتها الاقتصادية والاجتماعية.

وتزداد أهمية البترول وتعاظم بالنسبة للدول المتقدمة وذلك لاعتمادها على البترول في تقدمها وتطورها الصناعي. فالبترول لم يعد استخدامه قاصراً على الإنارة والتدفئة كما كان عليه الحال في الماضي. بل لقد أدى التقدم العلمي اللاحق إلى التوسع في استعماله، فأصبح البترول مصدراً للطاقة والحرارة والإضاءة والتشحيم وتوليد مركبات كيميائية ومطبعة وصناعية لا حصر لها. ومن هنا أصبح للبترول دوره الكبير في استمالاتنا المنزلية والاستهلاكية الأخرى وفي النقل والصناعة، وسمح للبشرية، عن طريق هذه الاستمالات العديدة، أن تزيد من رفاهيتها الاقتصادية<sup>(٢)</sup>. فالبترول يدخل كمادة أولية في كثير من الصناعات، حيث يستخدم في إنتاج المفرقات والنايلام، وفي إنتاج المنسوجات والأقمشة، وفي مستحضرات التجميل، وفي مواد البناء، كما أنه يعد مصدراً للبروتين كغذاء بشري. ومجمل القول أن هناك ما يزيد على ثلاثة آلاف منتج من المنتجات المشتقة من البترول<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان هذا هو دور البترول في وقت السلم، فإن دوره في وقت الحرب أخطر وأعظم، فقد قال كليمنصو في مطلع القرن الحالي «إن قسرة من البترول تساوي قسرة من الدم»، وقال أيزنهاور بأن «الحلفاء قد سبحو

(١) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢) انظر: د. محمد ليب شقير، د. صاحب فصب اتفاقيات وعقود البترول في البلاد العربية، الجزء الأول، ١٩٦٩، ص ١.

(٣) راجع:

نحو النصر في الحربين العالميتين على بحيرة من البترول»<sup>(١)</sup>. فقد لعب البترول دورا حاسما في الحربين العالميتين. فإذا رجعنا إلى الحرب العالمية الأولى وجدنا أن ألمانيا قد احتلت رومانيا في ١٩١٦ للاستفادة من آبارها البترولية. بيد أنه لم يمض وقت طويل حتى تمكن الحلفاء من تدمير أغلبية آبار البترول وأنابيب البترول ومطعم التكرير الموجودة بها حتى يحرموا ألمانيا من الانتفاع بتلك الموارد البترولية، مما اضطر ألمانيا بالفعل إلى طلب الهدنة في نوفمبر عام ١٩١٨. وفي هذا الصدد، قال المارشال الألماني «لودندورف» أن عدم كفاية المولود البترولية قد أرغم القيادة الألمانية على طلب الهدنة<sup>(٢)</sup>.

وفي الحرب العالمية الثانية لعب البترول دورا حيويا ليس لكونه وقودا للسفن والطائرات والدبابات فحسب ولكن لاستخدامه في انتاج المفرعات القاتلة مثل مادة «التولين»<sup>(٣)</sup>. وفي حرب السادس من أكتوبر عام ١٩٧٣، استخدم البترول كسلاح فعال ومؤثر في هذه الحرب. فقد اجتمعت الدول العربية المصدرة للبترول في دولة الكويت وأصدرت قرارها التاريخي في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٧٣ والذي قضى بتخفيض انتاج البترول بنسبة شهرية لا تقل عن خمسة في المائة (٥٪). ثم زيدت هذه النسبة إلى خمس وعشرون بالمائة (٢٥٪) في ٩ نوفمبر عام ١٩٧٣. كما أكدوا أيضا على حظر وصول البترول إلى الولايات المتحدة الأمريكية وهولندا بسبب تأييدهما وتقديم مساعدهما لإسرائيل<sup>(٤)</sup>. وفي هذا الصدد انتهى تقرير معهد الدراسات الاستراتيجية في لندن إلى أن عام ١٩٧٣ الذي سادته النزاع في الشرق الأوسط، واستخدام سلاح البترول، قد شهد ميلاد قوة سادسة في العالم هي مجموعة الدول المصدرة للبترول، والتي أضيفت إلى القوة العسكرية لكل من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي (سابقا) والصين واليابان ودول السوق الأوروبية المشتركة. وإن هذه القوة

(١) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ٧.

(٢) أنظر: د. عبدالحليم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) أنظر: د. عبدالحليم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٥.

(٤) أنظر: د. عبدالحليم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢٠.

السادة قد قلبت بعض الموازين والمفاهيم، وأضفت على منطقة الشرق الأوسط بصفة عامة، والمنطقة العربية بصفة خاصة، دورا جديدا لا عهد للعالم به<sup>(١)</sup>.

وكان من شأن الأهمية العظمى للبترول في وقت السلم والحرب على السواء، أن سعت شركات البترول الكبرى للحصول على الامتيازات البترولية وذلك بغية السيطرة على منابع ومصادر الثروة البترولية. ولقد سعت شركات البترول الكبرى جاهدة منذ البداية على توحيد صفوفها ووضع حد للمنافسة فيما بينها من أجل الحصول على الامتيازات، ثم الحد بعد ذلك من الإنتاج، وبالتالي تحديد الأسعار وفقا لرغباتهم. ولقد تمخض ذلك كله عن إبرام اتفاقيتين شهيرتين هما: اتفاقية الخط الأحمر Red Line Agreement واتفاقية الاشناكارى Achnacarry Agreement. وبموجب اتفاق الخط الأحمر الذي تم التوقيع عليه في لندن في ٢١ يوليو عام ١٩٢٨، لا يجوز لأية شركة من الشركات الموقعة على هذا الاتفاق أن تسعى للحصول على امتيازات بترولية في البلدان التي حددت على خريطة الشرق الأوسط بخط أحمر، وتشمل كل بلدان الإمبراطورية العثمانية القديمة (فيما عدا مصر والكويت). وأى شركة تحصل على امتياز في هذه المنطقة بطريقة إنفرادية يجب أن تحصل بالضرورة على موافقة الشركات الأخرى.

أما بالنسبة لاتفاق الإشناكارى الذى أبرم في ٢٧ سبتمبر عام ١٩٢٨ - بعد حرب الأسعار التى نشبت على وجه الخصوص بين شركة رويال دتش - شل Royal Dutch - Shell، وشركة استنادرد أويل أوف نيوجرسي Standard Oil of New Jersey - فقد استهدف وضع حد نهائى للمنافسة فى الأسعار بين هذه الشركات<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ٨.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 65 etss.

وراجع أيضا: د. خلاف عبدالحاميد، احتكار أجهزة النفط للتطبيقية والأزمة الراهنة، دفر النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ٩٧ ومايلها. وأيضا: د. عبدالحيد الأحب، النظام القانونى للبترول فى المملكة العربية السعودية، مؤسسة نوفل، ١٩٨٢، ص ٢٧ ومايلها.

وكان من شأن أهمية البترول أيضا أن اشتد التنافس والتناحر بين الدول الكبرى من أجل السيطرة على مصادر البترول. فقبل الحرب العالمية الأولى، قام الصراع بين ألمانيا وإنجلترا للسيطرة على مصادر البترول. ولما انهزمت ألمانيا في الحرب العالمية الأولى استبعدت نهائيا من مجال المنافسة<sup>(١)</sup>. وفي عام ١٩٢٠ وقعت معاهدة سان ريمو والتي أعطت فرنسا خمسا وعشرين بالمائة (٢٥٪) من أسهم شركة النفط التركية (والتي أصبحت فيما بعد شركة نفط العراق) وهي الأسهم التي كانت ملكا لألمانيا، وثلث بيد إنجلترا خمس وسبعون بالمائة (٧٥٪) من أسهم الشركة<sup>(٢)</sup>. ولقد أعقب ذلك مؤتمر لوزان الذي عقد في عام ١٩٢٢ والذي ضم الدول المنتصرة في الحرب. وتم تقسيم مناطق النفوذ فيما بين هذه الدول تقسيما يكاد يكون نفطيا<sup>(٣)</sup>.

ورغم أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت تملك أكبر احتياطي نفطى في العالم، وتمتد من الدول المنتجة الرئيسية آنذاك، إلا أنه بزيادة إنتاجها لتوسع الطلب على النفط في السوق العالمية أصبح وضع هذه الاحتمالات قلقا إلى حد كبير مما دفع بالولايات المتحدة الأمريكية إلى الدخول في حلبة المنافسة مع باقي الدول الإستعمارية على مناطق النفط. وأعلنت واشنطن سياسة «الباب المفتوح» والتي تعنى ألا يمارس الحلفاء التمييز بينهم فيما يتعلق بتوزيع موارد النفط<sup>(٤)</sup>.

ومرعان ما نشب الصراع بين الدول الكبرى التي تملك البترول وهي بريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية. والدول الأخرى التي لا تملك موارد بترولية وهي ألمانيا وإيطاليا واليابان. وظهر جليا أن ألمانيا غير راضية عن وضعها في السيطرة على المواد الخام وطالبت بإعادة توزيع المستعمرات من أجل السيطرة على المواد الخام. وقامت اليابان بغزو

---

(١) د. محمد ليب شقير، د. صاحب نص، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) د. عبدالحيد الأحمد، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٣) انظر: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق، ص ١٠.

(٤) راجع: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق، ص ٢٦.

شمال الصين. وإيطاليا بغزو أثيوبيا. وتنتهت عصبة الأمم إلى خطر نقص المواد الخام وأصدر مجلس العصبة قرارا بتكوين لجنة لدراسة مشكلة المواد الخام في يناير عام ١٩٢٧. وخلصت اللجنة إلى أن مشكلة المواد الخام مشكلة استعمارية وأنه يجب السماح للدول التي تعاني من ازدياد في السكان من الوصول إلى المواد الخام للنهوض بالصناعة وفتح أسواق لها في المستعمرات. وأوصت اللجنة باتباع سياسة الباب المفتوح. ولكن هذا لم يرض ألمانيا واندلعت الحرب العالمية الثانية يقودها الذين لا يملكون الموارد الطبيعية وتزعهم ألمانيا بالتحالف مع اليابان وإيطاليا ضد الذين يملكون هذه الموارد وهم فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١)</sup>. وانتهت الحرب العالمية الثانية بهزيمة دول المحور (ألمانيا وحلفاؤها) التي كانت تهدف إلى الاستيلاء على مناطق النفط في القوقاز بالاتحاد السوفيتي وفي منطقة الشرق الأوسط<sup>(٢)</sup>.

ولم تكن تغيب أهمية النفط عن الاتحاد السوفيتي. على الرغم من اعتباره دولة مصدرة للنفط حتى أوائل السبعينيات. فقد سيطر على حقول النفط في رومانيا والمجر بعد طرد الشركات البريطانية والأمريكية؛ وذلك نظرا لتزايد الاستهلاك النفطي في دول مجلس المعونة (الكوميكون). مقابل تدني نسب الاحتياطي لديها. ومسئولية الاتحاد السوفيتي في الإمداد النفطي لهذه الدول. واستتبع ذلك التطلع إلى بعض مناطق النفط في الشرق الأوسط من خلال سياسات مباشرة وغير مباشرة عند الاتحاد السوفيتي إلى إتخاذها<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت أهمية البترول ومحاولة السيطرة على مصادره قد دفعت الدول الاستعمارية الكبرى إلى التنافس والصراع فيما بينها. فإن أهمية البترول دفعت الدول الاستعمارية الكبرى لممارسة شتى الوسائل للضغط على حكومات الدول المنتجة للبترول للموافقة على منح شركاتها البترولية

(١) راجع: د. حسن عطية الله. سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية. دار النهضة العربية. ١٩٧٨. ص ٢٧ - ٢٨.

(٢) راجع: د. خلاف عبدالحلبر خلاف. المرجع السابق. ص ٢٢.

(٣) راجع: د. خلاف عبدالحلبر خلاف. المرجع السابق. ص ٢٢.

امتيازات استغلال البترول وبالشروط التي تلائم مصلحة هذه الشركات. وأوضح مثال لذلك الضغط الذي باشرته الحكومة الإنجليزية على حكومة العراق والتهديد الذي لوحث به لفصل الموصل عن العراق في سبيل منح الشركة التركية (شركة نفط العراق بعدند) امتياز استغلال بترول العراق. بل لقد استخدمت إنجلترا الأساطيل الحربية لإرهاب إيران على أثر قيام الدكتور مصدق، رئيس وزراء إيران في ذلك الوقت، في عام ١٩٥١ بتأميم البترول الإيراني الذي كانت تقوم باستغلاله شركة البترول الأنجلو إيرانية. ثم استعملت بعدند كل وسائل الضغط الدبلوماسي والمؤامرات السياسية لاستقاط حكومة مصدق وتصفية آثار التأميم وإعادة استغلال البترول الإيراني<sup>(١)</sup>.

ولقد كان البترول وراء الكثير من الأحداث في منطقة الشرق الأوسط. فالعدوان الثلاثي على مصر في عام ١٩٥٦ على أثر تأميم قناة السويس كانت تفوح منه رائحة البترول<sup>(٢)</sup>. وكان البترول السر الخفي وراء إصرار فرنسا على البقاء في الجزائر وذلك لاستغلال ثرواتها البترولية. وهو ما عبر عنه رئيس وزراء فرنسا عام ١٩٥٧ بقوله «إن ثروات الصحراء الجزائرية ومعادنها ستكون العامل الفعال في رفع مستوى معيشة الفرنسيين». وهو ما أكدته رئيس فرنسا «ديجول» في الخطاب الذي وجهه إلى الشعب الفرنسي في ١٦ سبتمبر عام ١٩٥٩ بقوله «إذا إختار الجزائريون الانفصال فإن فرنسا ستحتفظ بحق استغلال بترول الصحراء الجزائرية باعتباره مصدرا حيويا للعالم الغربي»<sup>(٣)</sup>. وكان البترول يكمن بقوة وراء البحوث التي دارت بشأن استقلال الجزائر. حيث كان واضحا أن فرنسا مسممة على المحافظة على مصالحها في الصحراء وأنها لن تتردد في الموافقة على استقلال الجزائر إذا حصلت على الضمانات الكافية، وهذا ما أدركه الزعماء الجزائريون فأبدوا الإستعداد للتفاهم الذي يوفق بين مصالح فرنسا من جهة وسيادة الجزائر ومصلحتها من جهة أخرى<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٧ - ٨.

(٢) راجع: د. رشيد البرلوي، ثورة البترول في أفريقيا، طر النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ١١٤.

(٣) راجع: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢١.

(٤) راجع: د. رشيد البرلوي، المرجع السابق، ص ٥٠.

وأخيراً فإنه من الجائز القول بأن البترول كان من بين الأسباب الرئيسية التي دفعت بحكومة العراق إلى القيام بغزو الكويت في أغسطس عام ١٩٩٠. كما أنه من الجائز أيضاً القول بأن البترول كان هو الدافع الرئيسى للولايات المتحدة الأمريكية إلى التدخل عسكرياً وشن الحرب ضد العراق من أجل تحرير دولة الكويت.

مصحح أن الحرب قد أعلنت ضد العراق باسم الشرعية الدولية وتحرير الكويت، وهذا مما لا غبار عليه لو كان الأمر فى حقيقته كذلك. بيد أن الدافع الرئيسى الذى كان وراء دخول الولايات المتحدة الأمريكية لهذه الحرب، والذى يكمن وراء تحركاتها الآن بالمنطقة، هو المحافظة على مصالحها البترولية فى منطقة الخليج بصفة عامة من أى تهديد يمكن أن تتعرض له من قريب أو بعيد. والقول بغير ذلك يتنافى مع حقيقة الأمر. فالولايات المتحدة الأمريكية لم ولن تدافع فى يوم ما عن الشرعية الدولية. فالقرارات الدولية تنتهك يوميا على مرأى وسمع من العالم، فى فلسطين، وفى إقليم كوسوفو، وفى البوسنة والهرسك منذ وقت ليس ببعيد. فلماذا لم تتدخل إذن الولايات المتحدة الأمريكية لحماية الشرعية الدولية.

على أية حال إذا كان أطراف عقود البترول والمحل الذى ترد عليه وأهميته من الخصائص المميزة لهذه العقود، فإن هناك خصائص أخرى لهذه العقود وهو ما سنعرض له فى الصفحات التالية.



## الفصل الثانى

### الاشكال المختلفة التى تتخذها عقود البترول

تمهيد وتقسيم:

شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال عدة تملورات متلاحقة. فقد اتخذت فى البداية شكل عقود الامتياز Contrats de concessions. ولقد ظل عقد الامتياز هو الشكل القانونى السائد لتنظيم العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول الأجنبية طوال النصف الأول من القرن الحالى. ثم ظهرت إلى الوجود، منذ النصف الثانى من القرن الحالى، أشكال تعاقدية جديدة يمكن أن نحصرها فى ثلاث هى: عقود المشاركة، وعقود المقاوله، وأخيرا عقود اقتسام الإنتاج. ونعرض فى هذا الفصل لهذه الأشكال التعاقدية المختلفة.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول: نتعرض فيه لعقود الامتياز باعتبارها الشكل التعاقدى الأول الذى كان سائدا فى العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. والمبحث الثانى: نتناول فيه الأشكال التعاقدية الجديدة.

## المبحث الأول

### عقود الامتياز

ظهر هذا النوع من العقود منذ مطلع القرن الحالي وانتشر - بصفة خاصة في العشرينيات والثلاثينيات - في أهم البلدان المنتجة للبترول في منطقة الشرق الأوسط مثل إيران والعراق والسعودية.

ولقد ظل عقد الامتياز الشكل القانوني السائد في تنظيم العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال طوال النصف الأول من القرن الحالي تقريبا.

ولكن لما كانت هذه العقود قد أبرمت في ظل ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية مكنت الشركات الأجنبية من الاستفادة التصوي من هذه العقود، فإنه مع تغير هذه الظروف لم تعد هذه العقود بالحالة التي كانت عليها وقت إبرامها صالحة لتنظيم العلاقة بين كل من الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها. ولذا كان من الطبيعي أن يتم إدخال تعديلات على هذه العقود لكي نتمشى مع الظروف الجديدة، وبما يحقق مصالح كل من الطرفين.

ونعرض فيما يلي، على نحو موجز، لهذه العقود في صورتها الأولى وللظروف التي صاحبت نشأتها، ثم نعرض بعد ذلك لأهم التعديلات التي أدخلت عليها، كل في مطلب مستقل.

## المطلب الأول

### عقود الامتياز في صورتها الأولى

#### والظروف التي صاحبت نشأتها

بالاطلاع على العديد من عقود امتياز البترول التي أبرمت في النصف الأول من القرن الحالي - خصوصا في منطقة الشرق الأوسط - يمكن تعريف عقد الامتياز: بأنه ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكامنة في إقليمها أو في جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد

والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة، في مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معينة<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن هذه العقود قد تتباين فيما بينها من حيث ما تشتمل عليه من أحكام وشروط سواء أكانت شروطاً قانونية أو مالية أو فنية أو تجارية، بيد أن هناك خصائص عامة وسمات مشتركة بين هذه العقود جميعاً يمكن أن نوجزها فيما يلي:

أولاً: منحت عقود امتياز البترول الأولى الشركات الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب للكشف عن البترول واستخراجه من مناطق الامتياز، وكذلك الحق في نقل البترول المستخرج وتكريره وتصديره كمادة خام<sup>(٢)</sup>. بيد أن أهم حق منحت هذه العقود للشركات الأجنبية، وهو ما يميزها عن غيرها من الأشكال التعاقدية اللاحقة، هو الحق في ملكية البترول المنتج والتصرف فيه<sup>(٣)</sup>.

ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك عقد امتياز البترول الذي أبرم في ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ بين شاه إيران والمليونير البريطاني الجنسية وليم

(١) انظر في هذا المعنى تقريباً:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 14, No. 34.

حيث يذكر أن عقد امتياز البترول هو:

«Un acte par lequel un État accorde à une entreprise étrangère le droit exclusif de rechercher et d'exploiter des Hydrocarbures sur un territoire et pendant une durée déterminée.»

(٢) انظر في نفس المعنى: د. عبدالباري أحمد عبدالباري، النظام القانوني لمعليات البترول، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، بدون نشر، ص ١٢. د. عبدالرحيم محمد حميد، المرجع السابق، ص ٥٨. وللزيد من التفاصيل حول حق الشركات الأجنبية في البحث عن البترول واكتشافه ولتأجيله، انظر: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٢١ وملبعضها.

(٣) انظر:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 14, No. 34.

وللزيد من التفاصيل حول حق الشركات الأجنبية في ملكية البترول المنتج والتصرف فيه، راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٢٩ وملبعضها.



الدولة المتعاقدة في شراء نسبة معينة من البترول المنتج لأجل الاستهلاك المحلي لها<sup>(١)</sup>. هذا إلى جانب الشروط التعاقدية التي توجب على الشركة صاحبة الامتياز عدم بيع أى منتجات أو مستخرجات تحصل عليها من منطقة الامتياز لأية سلطة أجنبية معادية أو غير صديقة أو لرعاياها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: لقد تم إبرام غالبية هذه العقود لفترات طويلة المدة إلى حد يفوق المقبول. وقد تراوحت مدد هذه العقود ما بين ستين عاماً إلى خمسة وسبعين عاماً<sup>(٣)</sup>. فعلى سبيل المثال، لقد بلغت مدة عقد امتياز دارسى مع شاه إيران البرم سنة ١٩٠١ مدة ستين عاماً من تاريخ إبرامه<sup>(٤)</sup>. وبلغت مدة عقد امتياز شركة نفط قطر مع شيخ قطر والبرم في ٢٧ مايو

---

والبلد (١) من عقد استغلال منطقة بترول رأس مطامه البرم في ٦ شبعب عام ١٩٥٤ بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إيجيپيان. راجع في هذه العقود جميعاً د. محمد ليب شخير، د. صاحب ذهب: المرجع السابق، ص ٤١٢، ص ٤٢١، ص ٤٩٠، ص ٥٢٥، على التوالي.

(١) راجع على سبيل المثال: المادة (٩) من العقد البرم بين حكومة السعودية وشركة البنيك عام ١٩١٩. والمادتين (١٤ - ١٥) من العقد البرم بين العراق وشركة النفط التركية عام ١٩٢٥. والبلد (٧) من عقد استغلال منطقة رأس غارب بين الحكومة المصرية والشركة الأنجلو مصرية لأبار الزيت عام ١٩٢٨. والبلد (٩) من العقد البرم بين مصر وشركة كونورادا عام ١٩٥٤.

(٢) قطر على سبيل المثال: المادة (٢٩) من العقد البرم بين السعودية وشركة البنيك عام ١٩٤٩.

(٣) قطر في نفس المعنى:

Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit. P. 76, Bettems (D.): Op. Cit., P. 36.

وقطر أيضاً: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، المرجع السابق، ص ١١: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٥٨ ومابعدها.

(٤) قطر:

Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 76.

وكأشلة لهذه العقود راجع: عقد امتياز شركة أينييل مع حكومة الكويت البرم في ٢٨ يونيو عام ١٩٤٨ (د. سعد علام، موسوعة التشريعات البترولية للدول العربية، منطقة الخليج، النوحة - قطر، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، ص ٢٥٩). عقد الامتياز البرم بين السعودية وشركة استنفورد لويل كاليفورنيا، عام ١٩٢٢.

١٩٢٥ خمسة ومبشرين عاما<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من استغراق هذه المدد لفترات طويلة، فإنها كانت قابلة للمد. ويمكن أن أذكر على سبيل المثال الاتفاق التكميلي البرم بين حكومة السعودية وشركة استاندرد أويل كاليفورنيا عام ١٩٣٩ فقد نصت المادة (١٠) منه على أن «يستمر الامتياز العربى السعودى ... نافذ المفعول ومعمولا به بصورة تامة لمدة ست سنوات من بعد انتهاء مدة الستين سنة المنصوص عليها فى المادة الأولى من الامتياز العربى السعودى»<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة فى هذا المقام أن عقود الامتياز التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية كانت متميزة عن العقود الأخرى المبرمة فى منطقة الشرق الأوسط من حيث قصر مدتها<sup>(٣)</sup>. وكذلك الحال أيضا بالنسبة لعقود امتياز البترول المبرمة بين الشركات الأجنبية ودول أمريكا اللاتينية حيث كانت تتميز بقصر مدتها بالمقارنة بعقود الامتياز المبرمة مع دول منطقة الشرق الأوسط<sup>(٤)</sup>.

ثالثا: كانت منطقة الامتياز تغطى مساحات شاسعة للغاية من إقليم الدولة المنتجة، بل وفى بعض الأحيان كانت تغطى منطقة الامتياز جميع أراضي الدولة المنتجة ومياها الإقليمية<sup>(٥)</sup>. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر

(١) راجع فى هذا المقاد: د. سعد علام، موسوعة التشريعات ..... المرجع السابق، ص ٢٩. ومن أمثلة هذه العقود راجع: عقد امتياز شركة شل مع قطر البرم فى ٢٩ فبراير عام ١٩٥٢، عقد امتياز شركة نفط ليبيا مع ليبيا البرم فى ١١ يناير عام ١٩٢٩. انظر فى هذه العقود، د. سعد علام، المرجع المذكور، ص ٤٤٤، ص ٥٠٩ على التوالى.

(٢) راجع فى هذا الاتفاق: د. محمد إيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤٤ ومبعضها.

(٣) ومن أمثلة ذلك: عقد استغلال منطقة رأس غارب البرم فى ١٩ ديسمبر عام ١٩٢٨ بين الحكومة المصرية والشركة الانجلو مصرية، حيث كانت مدة الإستغلال ٣٠ عام (البند الأول) قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة خمس عشر سنة أخرى (البند ٢٨). كذلك عقد استغلال منطقة رأس سدر بين الحكومة المصرية وشركة الانجلو اجبشيان فى ١٠ نوفمبر ١٩٤٨، راجع فى هذين المقادين: د. محمد إيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤٤٢، ص ٤٢٤ على التوالى.

(٤) انظر: Beltem's (D.): Op. Cit., P. 37.

(٥) انظر فى نفس المعنى: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، المرجع السابق، ص ١١٠ د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق ص ٦٠.

ما نصت عليه المادة الأولى من عقد امتياز شركة نفط قطر مع شيخ قطر المبرم في ١٧ مايو لسنة ١٩٢٥ من أن «يمنح الشيخ الشركة في إمارة قطر حق البحث والتنقيب ... والمقصود بإمارة قطر كل المنطقة التي يمتد إليها حكم الشيخ». وما نصت عليه أيضا المادة الأولى من العقد المبرم بين شيخ الكويت وشركة نفط الكويت عام ١٩٢٤ من أن «يمنح الشيخ الشركة الحق في البحث والحفر ... في كل إمارة الكويت بما في ذلك الجزر والمياه الإقليمية»<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة في هذا الصدد أنه على الرغم من المساحات الشامة التي كانت عليها منطقة الامتياز. لم تكن غالبية عقود الامتياز تتضمن نما يلزم الشركات الأجنبية بالتخلي عن المناطق غير المستغلة. وحتى عندما تتضمن بعض العقود نما ينظم التخلي. فإننا نلاحظ على هذا النص أنه لم يكن يلزم الشركة الأجنبية بالتخلي عن المناطق غير المستغلة. بل كان يعلق التخلي على محض إرادة الشركة صاحبة الامتياز<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: بموجب عقود الامتياز هذه. حصلت الشركات الأجنبية المتعاقدة - على حد تعبير بعض الفقهاء<sup>(٣)</sup> - على حصانة دولية حقيقية *Un Véritable Statut extraterritorialité*. حيث كانت تتمتع هذه

---

(١) راجع في ذلك: د. أحمد عبدالحيد عشوش. المرجع السابق، ص ٥٦. ومن أمثلة ذلك أيضاً: العقود الثلاث التي أبرمتها العراق مع شركة النفط التركية عام ١٩٢٥ (م) وشركة نفط البوصل عام ١٩٢٢. وشركة نفط البصرة عام ١٩٢٨. راجع في هذه العقود: د. محمد ليب شخير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق، ص ١٩٢. ص ٢٧٢. ص ٢٠٧ على التوالي.

(٢) من ذلك على سبيل المثال البداة التسعة من العقد المبرم بين حكومة السودان وشركة ستندر أوليل كاليفورنيا عام ١٩٢٢ إذ نصت على أن «... تتخلى الشركة للحكومة عن بقع من المنطقة المشوطة يكون قد تقرر لديها إذ ذلك عدم المشورة على ارتدادها أو عدم استثمارها بشكل آخر له علاقة بهذا المشروع. وكذلك تتخلى الشركة للحكومة من أن لاخر خلال مدة هذه الاتفاقية عن بقع أخرى من المنطقة المشوطة التي قد تكون قررت للشركة آنذاك عدم البض في استكشافها أو تنقيبها أو عدم استثمارها ...».

Ait chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 78.

(٣) انظر:

الشركات بالإعفاء من أية رسوم جمركية. وكان لها الحق المطلق *limite* في الاستيراد وبدون ضرورة الحصول على الترخيص بذلك. كما أعفت هذه العقود الشركات الأجنبية المتعاقدة من الخضوع للضرائب بأنواعها المختلفة، المباشرة وغير المباشرة. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة استاندرد أوليل كاليفورنيا عام ١٩٢٢ من أن «... تعفى الشركة والمشروع من جميع الضرائب المباشرة وغير المباشرة ومن المكس والموائد والأجور والرسوم بما فيها الرسوم الجمركية عن الصادر والوارد...» (١).

خامساً: كانت المدفوعات المالية التي تحصل عليها الدول المنتجة - بموجب هذه العقود - من الشركات المتعاقدة معها نظير استغلال هذه الشركات لثرواتها البترولية عبارة عن محصلة لثلاثة أشياء (٢): ١ - الإتاوة أو الربيع وهو عبارة عن مدفوعات نقدية أو عينية تلتزم الشركة صاحبة الامتياز بأدائها إلى الدولة المتعاقدة عن كل وحدة إنتاج بترولي تحصل عليها من المنطقة التي يشملها عقد الامتياز. ويتم تحديد هذه الإتاوة أو الربيع على أساس مبلغ معين عن كل وحدة من الإنتاج (٣) أو على أساس نسبة مئوية معينة من كمية الإنتاج (٤)، ٢ - الإيجار وهو عبارة عن مبلغ من المال يتم دفعه سنوياً من قبل الشركة صاحبة الامتياز نظير استعمال الشركة لسطح الأرض التي يغطيها عقد الامتياز. وبدأ دفع الإيجار منذ

(١) راجع: د. محمد ليب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) راجع في الفرض المالية التي كتبت تحصل عليها الدول المنتجة، د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٣) من ذلك العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة لاملكو عام ١٩٢٢ (م ١٤)، واتخذ المبرم بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (م ١٠)، انظر د. محمد ليب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢٦، في ٢٦٨ على التوالي.

(٤) من ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الإنجليزية المصرية لأبار الزيت، عام ١٩٢٨ بشأن استغلال منطقة رأس غارب (البند الرابع)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إيجيشيان أوليل عام ١٩٤٨ لاستغلال منطقة سدر للبترو (البند الرابع)، انظر د. محمد ليب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤١٤، ص ٤٢٦ على التوالي.



تاريخ نفاذ العقد وينتهي بتاريخ بدء الإنتاج<sup>(١)</sup>. أو البدء في تصدير البترول<sup>(٢)</sup>. حسبما يقضى العقد. وذلك فيما عدا عقود الامتياز التي أبرمت مصر حيث كانت تنص على سريان الإيجار طوال مدة العقد<sup>(٣)</sup>. ٣ . مكافأة التوقيع وهي عبارة عن مبلغ من المال تحصل عليه الدولة من الشركة المتعاقدة بمجرد إبرام العقد. وذلك بعصرف النظر عن قيام الشركة بعمليات البحث من عدمه. وبصرف النظر عن النتائج التي قد تسفر عنها عمليات البحث والتنقيب<sup>(٤)</sup>.

وفي ضوء ذلك. كانت العوائد المالية التي تحصل عليها الدول المنتجة - بموجب عقود الامتياز - ضعيفة للغاية بالمقارنة بما حققت الشركات الأجنبية المتعاقدة من أرباح. وبما حصلت عليه الدول الأجنبية التي تنتمي إليها هذه الشركات من عوائد. ويكفي للتدليل على صحة ذلك أن إيران على سبيل المثال. قد حصلت على دخل إجمالي من ثرواتها البترولية في الفترة من عام ١٩١١ - وهو التاريخ الذي بدأت فيه الشركة الانجلى إيرانية مباشرة عملياتها - إلى عام ١٩٥١. تاريخ تأميم هذه الشركة. يقدر بحوالى ٢١٦ مليون دولار. في حين أن الحكومة البريطانية وحدها قد حصلت في خلال تلك الفترة على ٧٠٠ مليون دولار كضريبة. بالإضافة إلى ٦١٢ مليون دولار كأرباح عن حصتها في أسهم الشركة<sup>(٥)</sup>.

سادساً: لم تقدم عقود الامتياز أية فرصة للدول المنتجة في أن تشارك في استغلال ثرواتها البترولية الكامنة في أراضيها. فقد كانت

(١) من ذلك العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م د). راجع د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ٢٩١.  
(٢) من ذلك العقد المبرم بين العراق وشركة نفط البترول عام ١٩٢٢ (م د). انظر المرجع المذكور أعلاه. ص ٢٧٥.  
(٣) راجع على سبيل المثال المقتدين المشار إليهما في الهامش رقم ٢ بنفس التصنع. وكذلك أيضا العقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة كونواردا عام ١٩٥١ (البند ٢٢٨). د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ٥٠٢.  
(٤) من ذلك العقد المبرم بين السعودية وشركة جي تي عام ١٩٦٩ (م د). د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ٩٥.  
(٥) انظر Ail Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 84.

الشركات المتعاقدة تنفرد بهذا الحق وحدها. ولا ينازعها فيه أحد.

صحيح أن بعض عقود الامتياز قد نصت على إمكانية مشاركة الدولة المتعاقدة في رأس مال الشركة المتعاقدة. كما هو الشأن بالنسبة لعقد الامتياز المبرم بين حكومة العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥. فقد نصت المادة (٢٤) من هذا العقد على أنه كلما عرضت الشركة على الجمهور إصدارا من الأسهم. يجب أن تفتح قوائم الاكتساب في العراق وفي الخارج في آن واحد. ويجب أن يعطى العراقيون الموجودون في العراق حق الأفضلية للاكتساب بعشرين في المائة (٢٠٪) على الأقل من هذا الإصدار<sup>(١)</sup>. وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الامتياز المبرم بين إيران والشركة الأنجلو إيرانية عام ١٩٢٣. فقد أجاز في المادة (١٨) منه للمواطنين الإيرانيين الاكتساب في أسهم الشركة في كل مرة تعرض فيها الشركة لإصدارا من الأسهم<sup>(٢)</sup>. بيد أن أي من هذه النصوص لم يوضع قط موضع التنفيذ. ولعل السبب في ذلك يرجع بداهة إلى أن هذه المشاركة كانت مشروطة بإصدار الأسهم في المستقبل من قبل الشركة المتعاقدة لزيادة رأسمالها وهو ما لم يحدث<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة في هذا المقام أن غالبية عقود الامتياز<sup>(٤)</sup>

(١) اسمر د. محمد لبيب شفيق. د. صاحب نهب، المرجع السابق. ص ٢٤٨.

(٢) راجع: Ait Chaatani (M.S.), Op. Cit., P. 201.

(٣) ومن الجدير بالذكر أنه لما طالبت الحكومة العراقية بتطبيق هذا النص، ردت الشركة على طلبها بما يفيد الاستخفاف والخسرة، وذلك بتقولها «بما أننا لسنا شركة علمة فإننا ببساطة لا نصدر ولا نستطيع أن نصدر أسهما للجمهور». انظر. د. عبدالحكيم سعيد. المرجع السابق. ص ١١٩ - ١٢٠.

(٤) تنشر على سبيل المثال: العقد المبرم بين السعودية وفرنسا عام ١٩٢٢ (م ٢١). والعقد المبرم بين السعودية وشركة الباسنيك عام ١٩٢٩ (م ٤٥). والعقد المبرم بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (م ٤٠). والعقد المبرم بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٢ (م ٢٩). والعقد المبرم بين العراق وشركة نفط البصرة عام ١٩٢٨ (م ٤١). ونشر أيضا: العقد المبرم بين حاكم قطر وشركة نفط قطر في ١٧ مايو عام ١٩٢٥ (م ١٦). والعقد المبرم بين شيخ أبو طي وشركة التنمية المحدودة لتسويق في ١١ يناير عام ١٩٢٩ (م ١٧). راجع في هذه العقود:

HANDJANT (A.), Les arbitrages entre les Etats et les sociétés pétrolières. Mémoire Pour le diplôme d'Etudes supérieures de droit public, Paris, I, 1975, P. 57 etSS.

- خصوصاً في منطقة الشرق<sup>(١)</sup> - قد درجت على تضمينها نصاً يقضى بتسوية أى نزاع أو خلاف ينشأ بين الأطراف بطريقة التحكيم.

وهكذا جاءت شروط عقد الامتياز وكأنها أملت من جانب واحد، وصيغت بنودها بالصورة التي ترضى طرفاً واحداً فقط ألا وهو الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز<sup>(٢)</sup>، وعلى نحو يجعل غنائم هذا الاستغلال للشركات الأجنبية ولا يعود منه إلا بأقل المزاي على البلدان المنتجة<sup>(٣)</sup>.

وبإيجاز شديد يمكن القول بأنه في ظل عقود الامتياز الأولى كانت الشركات الأجنبية هي الهيمنة كلية على جميع مراحل صناعة البترول في منطقة الشرق الأوسط. فقد كان لها الحق المطلق غير المتنازع فيه في البحث والتعقيب عن الثروات البترولية، وتملوير وإنتاج وتصدير كميات البترول بالأسعار والمعدلات التي تحددها هذه الشركات نفسها، وذلك في مقابل عوائد Royalty معينة تحصل عليها الدول المنتجة المتعاقدة<sup>(٤)</sup>.

ولعل ذلك كله كان راجعاً للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أبرمت في ظلها هذه العقود. فمن المعروف أن معظم الدول المنتجة للبترول - خصوصاً الدول العربية - كانت واقعة تحت الاحتلال من جانب الدول الاستعمارية الكبرى التي تنتمي إليها الشركات الأجنبية

---

(١) باستثناء عقود الامتياز التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية، حيث كانت تنفس نصاً يقضى بأن كل نزاع يقوم بين الحكومة والشركة المتعاقدة فيما يتعلق بأحكام هذا العقد يكون من اختصاص المحاكم المصرية. انظر على سبيل المثال: عقد استغلال منطقة سدر البرم عام ١٩٤٨ بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إيجيشيان عام ١٩٤٨ (البند ٢٧)، والعقد البرم بين الحكومة المصرية وشركة كونورفا الأمريكية عام ١٩٥٤ (البند ٤١)، وعقد استغلال رأس مطارمة بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إيجيشيان عام ١٩٥٤ (البند ٤٥).

(٢) انظر: د. سعد غلام، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول بالبلاد العربية بين الإبقاء والإلغاء، بحث مقدم للؤتمر السابع لاتحاد المحامين العرب، بغداد، ديسمبر عام ١٩٦٤.

(٣) انظر: د. محمد لبيب شحير، د. صاحب دعب، المرجع السابق، ص ٨.

(٤) انظر: د. جمال الدين أحمد عيلاني، المرجع السابق، ص ٩.

الكبرى العاملة في مجال البترول وذلك في الفترة التي أبرمت فيها هذه العقود. وكانت حكومات الدول الاستعمارية التي تنتمي إليها شركات البترول الكبرى دائما ما تتدخل لساندة هذه الشركات مستخدمة إمكانياتها السياسية والدبلوماسية للضغط على حكومات الدول المنتجة للبترول للموافقة على منح عقود امتياز البترول بالشروط التي تتفق ومصصلحة هذه الشركات. ولعل من أوضح الأمثلة على ذلك، الضغط الذي مارسته الحكومة البريطانية على حكومة العراق والتهديد الذي لocht به لفصل مدينة الموصل عن العراق في سبيل منح الشركة التركية (شركة النفط العراقية فيما بعد) امتياز باستغلال البترول في العراق<sup>(١)</sup>.

ومن العوامل التي ساهمت أيضا في إبرام عقود الامتياز التقليدية بالشكل الذي كانت عليه عدم وجود أنظمة قانونية في الدول المنتجة للبترول صالحة لتنظيم النواحي المختلفة والمعقدة المتعلقة بإقامة صناعة البترول. ومن أجل تكملة هذا النقص فإن عقود الامتياز تم صياغتها على النحو الذي أصبحت معه موثائق حقيقية كافية بذاتها لمزاولة عمليات استثمار البترول، وذلك في مثل غياب كلى تقريبا للمقومات الأساسية اللازمة، وأية رقابة حكومية ممكنة<sup>(٢)</sup>. فهذه البلدان لم يكن لديها أنظمة

(١) راجع في ذلك مع المزيد من التفاصيل حول تأثير العوامل السياسية على إبرام عقود الامتياز البترولية، د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ١٦ ومبعضها.

(٢) انظر:

EL. Kosheri (A.S.): Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, Recueil des cours, 1975, P. 219, Spéc. P. 244, No. 21.

حيث يذكر:

«Les premières grandes concessions furent accordées par des autorités locales non seulement faibles et placées sous domination étrangère, mais surtout agissant dans le cadre de systèmes juridiques rudimentaires et archaïques. Les sociétés tribales de nomades vivant encore au moyen âge possédaient alors peu de règles juridiques capables de régir les différents aspects

قانونية تحقق لها السيطرة والسيادة على ثرواتها البترولية. وتحدد الإطار القانوني الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في مجال البحث عن البترول واستغلاله<sup>(١)</sup>.

هذا بالإضافة إلى حالة النصف الاقتصادي التي كانت عليها البلدان المنتجة للبترول بالمقارنة بالشركات الأجنبية الكبرى العاملة في هذا المجال. وعدم تقدير حكومات هذه الدول لأهمية ثرواتها البترولية. وعدم وجود أي دراية لها بشئون البترول. فهذه العقود أبرمت بين طرفين غير متكافئين: أحدهما الشركات الأجنبية التي تملك رأس المال والخبرة الفنية والقانونية. والآخر الدول المنتجة التي تملك الموارد البترولية في أراضيها ولا حول لها ولا قوة. حيث يتفحص رأس المال والخبرة الفنية والقانونية لإبرام هذه العقود<sup>(٢)</sup>. وبناء عليه، استعانت الشركات الأجنبية بإبرام عقود تحقق لها السيطرة الكاملة على تلك الموارد.

- complexes relatifs à l'implantation d'une industrie hautement sophistiquée. Pour combler cette lacune, les concessions de cette époque furent rédigées d'une façon à devenir de véritables chartes suffisantes en elles - mêmes pour entreprendre l'exploitation pétrolière en l'absence presque totale de l'infrastructure nécessaire et d'un contrôle gouvernemental possible.-

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٩٥ - ١٠٠.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٠١ وما بعدها. ويذكر أنه في عام ١٩٦٩ أجرى اثنان من الخبراء المصريين في مجال البترول مقابلة مع مدير البترول (مبتدأ وزير البترول) في دبي حديثا صحفيا فقال فيه «ليس لدينا خيار في الاتفاقيات البترولية ... وعندما ذهبنا إلى إنجلترا وحققنا مع الجانب الانجليزي في الاتفاقية البترولية سمعنا بعدد كبير من الخبراء المتخصصين». ثم أضاف مدير البترول «إن هؤلاء الخبراء كانوا الاتفاقية ولم أدخل في جدول ومناقشات لو أتدخل ...» «به عديم العلم». نفس المرجع المذكور، ص ١٠٦.

وهكذا، جاءت عقود الامتياز الأولى متناسبة مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية التي كانت سائدة آنذاك في الدول المنتجة. ولذلك لما تغيرت هذه الظروف، كان من الطبيعي أن يتم إدخال تعديلات على هذه العقود لتتشى مع الظروف الجديدة، وهو ما سنعرض له الآن.

### **المطلب الثاني**

#### **أهم التعديلات التي أدخلت على عقود الامتياز الأولى**

كانت الحرب العالمية الثانية نقطة تحول حاسمة في تاريخ صناعة البترول، حيث تصاعف استخدام البترول. ولعب البترول دورا هاما وحاسما في هذه الحرب، مما أدى إلى إشتداد الطلب على البترول وارتفاع أسعاره وبصفة خاصة بترول الشرق الأوسط<sup>(١)</sup>. ولذلك كان من الطبيعي أن يتم إدخال تعديلات على عقود الامتياز التي كانت مبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال.

ويمكن حصر أبرز هذه التعديلات وأهمها في أربع نقاط هي:

أولا: الأخذ بنظام مناسفة الأرباح.

ثانيا: مسألة تنفيذ البيع أو الإتاوة.

ثالثا: الأخذ بنظام التخلي.

رابعا: الأخذ بنظام المشاركة.

أولا: نظام مناسفة الأرباح:

يعتبر الأخذ بنظام مناسفة الأرباح من أبرز وأهم التعديلات التي طرأت على عقود امتياز البترول المبرمة بين البلدان المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. ففي عام ١٩٤٨ أصدرت فنزويلا تشريعا فرضت بموجبه ضريبة ربح على الشركات الأجنبية العاملة في أراضيها بمعدل خمسين في المائة (٥٠٪) مكرسة بذلك ولأول مرة قاعدة مناسفة

---

(١) انظر: د. عبدالباري أحمد عيلابري، المرجع السابق، ص ٦١.

الأرباح في العلاقة بين البلدان المنتجة للبترول وشركات البترول الأجنبية<sup>(١)</sup>. مما دفع الدول الأخرى المنتجة للبترول إلى المطالبة بإعمال هذه القاعدة في علاقاتها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها.

فأصدرت المملكة العربية السعودية في نوفمبر سنة ١٩٥٠ الموافق ٢٤ محرم لسنة ١٣٧٠ هجرية المرسوم الملكي رقم ٢٨/٢/١٧. ٢٣٢٢١. والذي فرض لأول مرة ضريبة على أرباح الشركات العاملة في الأراضي السعودية. كما أصدرت في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ الموافق ١٧ من ربيع الأول سنة ١٣٧٠ هجرية المرسوم الملكي رقم ٢٨/٢/١٧. ٧٦٣٤. والخاص بفرض الضريبة على أرباح الشركات العاملة في مجال البترول. وبناء على هذين المرسومين، تم إبرام اتفاق مناسفة أرباح بين السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية (والسماة أرامكو) في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ الموافق ٢٠ من ربيع الأول سنة ١٣٧٠ هجرية. ومن أهم ما جاء بهذا الاتفاق «١- بالرغم مما نصت عليه المادة ٢١ من اتفاقية امتياز أرامكو، فإن أرامكو تخضع لضريبة الدخل المنصوص عليهما في المرسومين الملكيين الكريمين رقم ٢٨/٢/١٧. ٢٣٢٢١. ورقم ٢٨/٢/١٧. ٧٦٣٤ المرفقين بهذه الاتفاقية للرجوع إليهما، على أنه من المتفق عليه: أ- ألا يتعدى بأى حال من الأحوال مجموع تلك الضرائب وجميع الضرائب الأخرى والريوع والإيجارات واستحقاقات الحكومة عن أية سنة من السنوات عن خمسين في المائة (٥٠٪) من إجمالي دخل أرامكو ...»<sup>(٢)</sup>.

كما أخذت العراق بقاعدة مناسفة الأرباح. ففي عام ١٩٥٢ أبرمت مع مجموعة الشركات العاملة في أراضيها - وهي شركة نفط العراق. وشركة نفط الموصل، وشركة نفط البصرة - اتفاقية مناسفة أرباح نصت المادة الثانية منها على أن تستوفي الحكومة العراقية مبلغاً يعادل خمسين في المائة (٥٠٪) من الربح الناتج من عمليات هذه الشركات في العراق<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: Bettems (D.): Op. Cit., P. 38, No. 22.

(٢) راجع في ذلك: د. محمد إيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٥٠ ولاحقاً.

(٣) راجع في هذا الاتفاق: د. محمد إيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢٤١ ولاحقاً.

كما أخذت بهذه القاعدة دولة الكويت في عام ١٩٥١ مع شركات البترول العاملة في إقليمها<sup>(١)</sup>. كما أخذت بها أيضا الشركة الوطنية الإيرانية في العقد الذي أبرمت في ١٩ سبتمبر عام ١٩٥٤ مع مجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم<sup>(٢)</sup>. ولقد انتشر الأخذ بقاعدة مناصفة الأرباح في البلدان المنتجة للبترول في منطقة الشرق الأوسط. وأصبحت النظام السائد في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية.

ولكن، على الرغم من المزايا المالية التي حققها نظام مناصفة الأرباح للدول المنتجة للبترول، حيث أصبحت هذه الدول تحصل بموجبه على خمسين في المائة (٥٠٪) من الأرباح التي تحققها الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، وما ترتب على ذلك من إزدياد اهتمام هذه الدول بكليات البترول المستخرجة من أراضيها، وبأسعار بيع البترول، والأرباح التي تحصل عليها هذه الشركات<sup>(٣)</sup>، بيد أن نظام مناصفة الأرباح كان متقدما من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، فإن حكومات الدول المنتجة كانت تحصل على نصيب الأرباح بعد استقطاع الضرائب التي كانت تدفعها الشركات المستثمرة للحكومات التابعة لها، مما كان يحرم الدول المنتجة من نسبة كبيرة من الدخل، ويجعل من المناصفة في الأرباح أمرا غير واقعي<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) وما تصدر الإشارة إليه في هذا المقام أن رضى الشركة الانجلو إيرانية لإعمال قاعدة مناصفة الأرباح بينها وبين إيران، كان أحد الأسباب التي أدت إلى قيام حكومة الدكتور صدق بختيار بتمليك الشركات عام ١٩٥١ ونقلها إلى الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. ولقد واجهت إيران أزمة حقيقية نتيجة اتفاق شركات البترول على عدم التعامل في البترول الإيراني مما أدى إلى الانعزال عن العالم في إنتاجه، بل لقد وصل الأمر إلى حد مصادرة البترول الإيراني في موانئه بعض الدول وتوقيع الحجز عليه. ولم يتم تسوية هذه الأزمة إلا بعد إسقاط حكومة صدق، حيث تم في ١٩ سبتمبر ١٩٥٩ إبرام عقد بين إيران والشركة الوطنية الإيرانية من ناحية، ومجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم من ناحية أخرى. ولقد تبين الأطراف في هذا العقد قاعدة مناصفة الأرباح. راجع في ذلك:

Buttems (D.) Op. Cit., PP. 38 - 39, No. 23.

(٣) انظر: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١١١ - ١١٢.

(٤) انظر: د. عبدالباري أحمد عبدالباري، المرجع السابق، ص ٢٩.



ومن ناحية ثانية، فإن نظام مناسفة الأرباح لم يدخل ضمن الأرباح التي كانت تحققها الشركات الأجنبية المتعاقدة سوى الأرباح الناجمة عن عمليات الإنتاج التي تتم داخل أقاليم البلدان المنتجة، دون تلك الناجمة عن العمليات الأخرى التي تتم خارج أقاليم هذه البلدان، كنقل البترول وتسويقه وتكويره. والتي كانت تستأثر بها الشركات المتعاقدة وحدها. ولما كانت قاعدة مناسفة الأرباح لم تكن تشمل سوى الأرباح الناجمة عن عمليات الإنتاج، فقد عمدت الشركات إلى تخفيض أسعار البترول الخام. ونقل جزء من الأرباح إلى العمليات الأخرى التي تتم خارج البلدان المنتجة، وهو ما كان يؤدي في النهاية إلى تخفيض نصيب الدول المنتجة من الأرباح<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: مسألة تنفيق الإتاوة (أو الربح):

ظهرت مشكلة تنفيق الإتاوة أو الربح بعد الأخذ بنظام مناسفة الأرباح، حيث ثار التساؤل عما إذا كانت الإتاوة أو الربح الذي تحصل عليه حكومات الدول المتعاقدة يدخل ضمن نسبة الخمسين بالمائة (٥٠٪) التي تحصل عليها وفقاً لنظام مناسفة الأرباح أم أنها تعد من قبيل نفقات أو تكلفة الإنتاج التي تقبل الخصم من الدخل الإجمالي الذي تحصل عليه الشركات المتعاقدة عند حساب الضريبة المستحقة عليها طبقاً لقاعدة مناسفة الأرباح.

لقد تسكت الشركات الأجنبية المتعاقدة بالنظر إلى الإتاوة أو الربح على أنه يعد بمثابة جزء من حصة الحكومة في الأرباح يخصم من نسبة الخمسين بالمائة (٥٠٪) التي تحصل عليها الدول المتعاقدة. في حين تسكت الدول المتعاقدة بالنظر إلى الإتاوة أو الربح على أنه يعد من بين نفقات الإنتاج أو تكلفته التي تخصم من الربح الإجمالي الذي تحصل عليه الشركات المتعاقدة وصولاً إلى الربح الصافي الذي تفرض عليه الضريبة وفقاً لقاعدة مناسفة الأرباح.

(١) راجع د. غنترجيه محمد سعيد، المرحح السابق، ص ١٠٩.

ولقد تبنت منظمة الدول المصدرة للبترول والنسمة «أوبك»<sup>(١)</sup> هذه المشكلة. وأجرت في هذا الصدد مفاوضات مكثفة بين الدول الأعضاء والشركات الأجنبية المتعاقدة معها وانتهت في المؤتمر الذي عقد في جاكرتا باندونيسيا في الفترة من ٢٢ - ٢٨ نوفمبر عام ١٩٦٤ إلى قرارها رقم (٤٩) الذي يقضى بتنفيذ الإتاوة أو الربح، أي اعتباره جزءا من نفقات الانتاج أو تكلفته وليس جزءا من حصة الدول المتعاقدة في الأرباح. ولقد بادرت الدول المنتجة للبترول التي طبقت هذا القرار بتعديل عقودها المبرمة مع الشركات الأجنبية<sup>(٢)</sup>.

### ثالثا: نظام التخلي عن المساحات غير المستغلة:-

لقد صنت الإشارة إلى أن عقود الامتياز الأولى لم تكن تتضمن نموسا تلزم الشركات المتعاقدة بأن تتخلى عن أية أجزاء من مناطق الامتياز غير المستغلة. مما سمح لهذه الشركات بأن تحتفظ بمساحات شاسعة وتجدد

(١) تأسست منظمة الدول المصدرة للبترول عام ١٩٦٠م. وتضم الدول المصدرة للبترول وهي ثلاث عشرة دولة هي: المملكة العربية السعودية، الجزائر، الكويت، العراق، فنزويلا، إيران، العراق، ليبيا، نيجيريا، قطر، دولة الإمارات العربية المتحدة، فنزويلا. ويطلق على هذه المنظمة لفظ أوبك (OPEC) وهي الأحرف الأولى من اسم المنظمة باللغة الإنجليزية: Organization of petroleum exporting countries. راجع في هذه المنظمة ودورها في حماية مصالح الدول الأعضاء فيها: د. عبدالباري أحمد عبدالباري، دور منظمة الدول المصدرة للبترول في حماية مصالح الدول الأعضاء فيها، مجلة الاقتصاد والإدارة التي تصدر عن مركز البحوث والتنمية بكلية الاقتصاد والإدارة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الثاني، محرم ١٣٩٦ هجرية، ص ٤٤. وراجع لنفس المؤلف، النظام القانوني ٢٠٠٠، المرجع السابق، ص ٦١٠ ومايلها.

(٢) راجع في ذلك كله: د. محمد طلعت التتسي، تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي، مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٩؛ د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٢٦٩ - ٢٧٢؛ د. عبدالرحيم سعيد، المرجع السابق، ص ١٠٢ - ١٠٤؛ أحمد الخريجي، لشراك الدول في إدارة الامتياز البترولي، بحث قدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، ١٩٦٧، ص ٢.

وراجع في شأن المفاوضات التي دارت في إطار منظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك) لصفة تنفيذ الإتاوة أو الربح، البحث الذي أعدته المنظمة بعنوان «منظمة البلدان المصدرة النفط ومبدأ الخلوقة»، بحث قدم إلى مؤتمر البترول العربي الخامس - القاهرة، ١٩٦٥.

جزءا كبيرا منها بدون استغلال لكي تتجنب منافسة الشركات الأخرى. وكان من شأن ذلك تقييد سلطة الدولة في استغلال الثروات البترولية الكامنة في هذه المناطق.

ولقد تنهت الدول المتعاقدة لهذه المسألة. وبدأت التفاوض مع الشركات المتعاقدة معها. ولقد توصلت بالفعل العديد من الدول إلى إبرام اتفاقات مع الشركات العاملة في أراضيها تلزمها بالتخلي عن المناطق غير المستغلة وفقا لبرنامج زمني محدد يوضح فيه المواعيد التي يتم التخلي فيها والمناطق التي يتم التخلي عنها<sup>(١)</sup>.

ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، الاتفاق الذي تم بين حكومة السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية المسماة «أرامكو» في ٢٤ مارس عام ١٩٦٣<sup>(٢)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السدد أنه عندما لم يتوصل العراق إلى اتفاق مع الشركات الثلاث العاملة في أراضيه بشأن التخلي عن المناطق غير المستغلة، أصدرت حكومة العراق القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ الخاص بتعيين مناطق الاستثمار لشركات النفط<sup>(٣)</sup>. وبموجب هذا القانون، استعادت الحكومة العراقية ما يبلغ ٧٩٩,٦٪ من الأراضي التي كانت في حوزة الشركات النفطية الثلاث - شركة نفط العراق وشركة نفط الموصل وشركة نفط البصرة - ومقتية بذلك لتلك الشركات ٧٤٪ من مجموع ما كان تحت سيطرتها سابقا بموجب عقود الامتياز الأولى<sup>(٤)</sup>. وعلى أية حال، فإن أهم

(١) راجع في ذلك مع الزيد من التفصيل، د. عبدالباري أحمد عبدالباري، النظام القانوني ..... المرجع السابق، ص ١٨٧، وملبعضها؛ د. أحمد عبدالعبد عشوش، المرجع السابق، ص ٥٥، وملبعضها؛ د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٧٩، وملبعضها.

(٢) راجع في هذا الاتفاق، د. محمد لييب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١١٨٩.

(٣) نشر في أحكام هذا القانون، د. محمد لييب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٤٥٧؛ وأيضا؛ د. حمد غلام، موسوعة التشريعات ..... المرجع السابق، ص ١٦.

(٤) انظر: د. عبدالباري أحمد عبدالباري، النظام القانوني ..... المرجع السابق، ص

تعديل أدخل على عقود الامتياز هو الأخذ بنظام المشاركة وهو ما سنعرض له الآن.

#### رابعا: الأخذ بنظام المشاركة في عقود الامتياز القائمة:

أهم تعديل أدخل على عقود الامتياز، ذلك التعديل الذي أدى إلى زوال عقود الامتياز في صورتها الأولى التي كانت عليها طوال النصف الأول من هذا القرن. وهو اشتراك الدولة في إدارة واستغلال الثروات البترولية الكامنة في أراضيها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. ففي أعقاب ظهور عقود المشاركة وانتشارها منذ نهاية الخمسينيات وبداية الستينيات على نحو ما سنرى فيما بعد، سمت الدول المنتجة للبترول إلى تعديل عقود الامتياز البرمة بينها وبين الشركات الأجنبية العاملة في أراضيها. والأخذ بنظام المشاركة وذلك من خلال منظمة الدول المصدرة للبترول.

ولقد تبنت بالفعل هذه المنظمة السياسة التي مفادها تعديل عقود الامتياز القائمة وتحقيق مشاركة الدول المنتجة في استغلال ثرواتها البترولية. فقد تسنن قرارها رقم ٩٠ الصادر في عام ١٩٦٨، النس على حق الدول الأعضاء في المطالبة بالمشاركة إذا لم تكن تنس العقود النافذة على ذلك، إستنادا إلى مبدأ تغير الظروف. أما إذا كانت العقود النافذة تنس على حق الدولة في المشاركة في أسهم الشركة القائمة بالاستغلال ولم يكن قد تم تنفيذ هذا الشرط، فإن النس النصوص عليها في العقد تكون بمثابة الحد الأدنى لحق الدولة في المشاركة<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر في هذا القرار والتعليق عليه: د. حسن عطية الله، المرجع السابق، ص ١٨٥، وملحها. وتعدر الإشارة إلى أن الجزائر قد نصحت في تعديل عقد الامتياز المبرم بينها وبين الشركة الأمريكية «جيتي» وتم إبرام عقد مشاركة بين هذه الشركة وشركة سونامراك الجزائرية في ١٩ أكتوبر عام ١٩٦٨، حصلت بموجب موانطراك على (Za) من حقوق وممتلكات شركة جيتي، بما في ذلك حقول البترول المكتشفة. وجمع مع الزيد من التفصيل حول أحكام هذا العقد:

Benchikh (M.), Les instruments juridiques de la politique Algérienne des Hydrocarbures, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 277 etss. El-Kosheri (A.S.), le régime juridique créé ..... Op. Cit., P 219, Spéc P. 255 etss.

وقد واصلت منظمة الأوبك سعيها لتحقيق هذا الهدف، فأصدرت في المؤتمر الخامس والعشرين والذي انعقد في بيروت في سبتمبر عام ١٩٧١ قراراً تضمن خطوات إيجابية من أهمها قيام الدول الأعضاء في منظمة الأوبك بإجراء المفاوضات مع الشركات العاملة في أراضيها سواء بصفة انفرادية أو جماعية بفرض تحقيق المشاركة - وإعمالاً لهذا القرار، أجرت دول الخليج مفاوضات مع الشركات المتعاقدة معها، وانتهت بتوقيع الطرفين للاتفاقية العامة للمشاركة في نيويورك عام ١٩٧٢. وبموجب هذه الاتفاقية، وافقت الشركات المتعاقدة على أن تتنازل لهذه البلدان ابتداء من أول يناير عام ١٩٧٣ عن خمس وعشرين في المائة (2٥٪) من أسهمها على أن ترتفع هذه النسبة تدريجياً حتى تصل إلى واحد وخمسين في المائة (٥١٪) في عام ١٩٨٢. وعلى أن تستمر هذه النسبة حتى النهاية الطبيعية لعقود الامتياز المبرمة بينهم<sup>(١)</sup>.

بيد أنه يلاحظ أن مجلس الأمة الكويتي قد رفض هذه الاتفاقية بعد أن كانت حكومة الكويت قد وقعت عليها. ولقد أمكن التوصل إلى اتفاق مشاركة بين حكومة الكويت وشركتي البرتش بتروليم البريطانية والجلف الأمريكية - باعتبارهما مالكتين لشركة نفط الكويت - في ٢٦ يناير عام ١٩٧٤. حصلت الكويت بموجبه على ستين في المائة (6٠٪) من ممتلكات ومصالح شركة نفط الكويت<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية:

Devaux - Charbonnel (J.), L'accord de New York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le Capital des sociétés concessionnaires, A.F.D.I., 1973, P. 74٥ etss. El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique créé par ..., Op. Cit., P. 256 etss., No. 36 etss.

ونظر أيضاً: د. خلاف عبدالجبار خلاف، المرجع السابق، ص ١٥٩ ومليدها؛ د. أحمد عبدالحيد عوش، المرجع السابق، ص ٢١٠ ومليدها؛ د. عبدالحيد الأحديب، المرجع السابق، ص ١٩٥ ومليدها.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل حول هذا الاتفاق،

El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique créé par ..., Op. Cit., P. 259.

كما يلاحظ أيضا أن بعض الدول المنتجة قد لجأت إلى اتخاذ إجراءات انفرادية من قبلها استهدفت تحقيق المشاركة لها في عقود الامتياز البرمة بينها وبين الشركات المتعاقدة معها. فعلى سبيل المثال، لقد قامت الجزائر بتأميم الشركات الأجنبية غير الفرنسية بموجب القرار الصادر في ١٢ يونيو عام ١٩٧٠، ثم قامت بتأميم الشركات الفرنسية بموجب قرارات التأميم الصادرة في فبراير وأبريل عام ١٩٧١. وبموجب هذه القرارات، حصلت الجزائر على مشاركة بنسبة واحد وخمسين في المائة (٥١٪) في كل المشروعات التي تعمل في مجال إنتاج البترول في الجزائر<sup>(١)</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة للجمهورية الليبية، فقد بدأت ليبيا بتأميم شركة البرتش بتروليم B.P. في ديسمبر عام ١٩٧٠، وكان قرار التأميم لاعتبارات سياسية محضة. وفي أول سبتمبر سنة ١٩٧٢ أصدرت الحكومة الليبية قانونا بتأميم واحد وخمسين في المائة (٥١٪) من ممتلكات ومصالح كل الشركات الأجنبية العاملة في إقليمها<sup>(٢)</sup>.

وبعد أن عرضنا لعقود الامتياز وأهم التعديلات التي أدخلت عليها، نكون بذلك قد فرغنا من دراسة الشكل الأول من أشكال التعاقد والذي كان سائدا في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، ونعرض الآن للأشكال التعاقدية الجديدة والتي أعقبت في الظهور مباشرة عقود الامتياز.

---

- ونظر في هذا الاتفاق أيضا: د. سعد علام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ١٦١ ومبعضها.

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique créé par ... Op.  
Cit., P. 262 etss, No. 40. Benchikh (M.), Op. Cit., P. 196  
etss.

(٢) راجع:

El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique créé par ... Op.  
Cit., P. 263 etss, No. 41.

## **المبحث الثاني**

### **الاشكال التعاقدية الجديدة**

تتضمن الأشكال التعاقدية الجديدة التي سادت في العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول الأجنبية في ثلاثة أشكال هي: عقود المشاركة، وعقود المقاولة، وأخيرا عقود اقتسام الإنتاج. ونعرض فيما يلي لهذه الأشكال التعاقدية الثلاثة كل في مطلب مستقل. وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** ونتكلم فيه عن عقود المشاركة.

**المطلب الثاني:** ونتعرض فيه لعقود المقاولة.

**المطلب الثالث:** ونتحدث فيه عن عقود اقتسام الإنتاج.

### **المطلب الأول**

#### **عقود المشاركة**

لقد منعت الإشارة إلى أن الشركات الأجنبية الكبرى العاملة في مجال البترول كانت هي المسيطرة والمهيمنة كلية على صناعة البترول في جميع مراحلها بموجب عقود الامتياز التقليدية التي أبرمتها مع الدول المنتجة. فقد كان لها، بموجب هذه العقود، الحق المطلق في البحث عن البترول واكتشافه، كما كان لها الحق في انتاجه ونقله وتكريره وتسويقه. ولم تقدم هذه العقود أية فرصة للدول المنتجة للمشاركة في استغلال ثرواتها البترولية مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. وإذا كان حقيقيا أن بعض عقود الامتياز قد نست على إمكانية مشاركة الدولة في رأس مال الشركة صاحبة الامتياز، بيد أن هذه النصوص لم توضع قط موضع التنفيذ.

ولقد ظل هذا الوضع قائما حتى بعد تطبيق قاعدة مناسفة الأرباح، والتي لم تستهدف سوى زيادة الموائد المالية للدول المنتجة، إلى أن جاء عام

١٩٥٧ والذي يعتبر تاريخاً هاماً في تطور العلاقة بين الدول المنتجة للبتروول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال.

فبدءاً من هذا التاريخ ظهر شكل جديد من أشكال التعاقد بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية استهدف تحقيق مشاركة فعلية للدول المنتجة في عمليات اكتشاف البتروول واستغلاله. ولذلك يطلق على هذا النوع من العقود عقود المشاركة.

ويرجع الفضل في ظهور هذا النوع من العقود إلى ظهور بعض شركات البتروول الأجنبية المستقلة<sup>(١)</sup> عن شركات البتروول الكبرى الأمريكية والبريطانية التي كانت تحتكر صناعة البتروول في العالم<sup>(٢)</sup>. فقد تقدمت هذه الشركات بعروض أفضل للدول المنتجة مما كانت تقدمه الشركات الكبرى. حيث أنها أتاحت لهذه الدول فرصة المشاركة في استغلال ثرواتها البتروولية<sup>(٣)</sup>.

(١) ومن قبيل هذه الشركات: الشركة الوطنية الإيطالية «إيسى» . Ente National idrocarburi (E.N.I) والشركة الفرنسية «إيسر» . Entreprise de recherche et d'activité pétrolier (E.A.R.P) والشركة الأسبانية للبتروول: Hispanoil. انظر مع المزيد من التفاصيل حول هذه الشركات. د. خلاف عبدالجابر خلاف. المرجع السابق. ص ٦٢ ومابعد.

(٢) والشركات الكبرى التي كانت تحتكر صناعة البتروول في العالم. والتي عرفت باسم «الشقيقتان السبع» هي: شركة ستاندرود أوويل أوف نيوجرسي Standard Oil of New Jersey. وتكلسي أوويل Texas Oil. سكوني فاكيوم موبيل أوويل Socony Vacuum Mobil Oil. ستاندرود أوويل أوف كاليفورنيا Standard Oil Of California. وشركة الجولفس: Gulf Refining Company. رويسال دتشي - شل: Royal Dutch - Shell. والبرتش بتروليم: British Petroleum (B.P). انظر حول هذه الشركات: د. خلاف عبدالحلر خلاف. المرجع السابق. ص ٦٠ ومابعد.

(٣) ولقد غير زجل الأعمال الإيطالي المشهور ماتييه والذي كان رئيساً لشركة «إيسى» الإيطالية عن مشاركة الدول المنتجة في استغلال الثروات البتروولية بقوله: «إن عمليات الاستغلال الأجنبي تثير حذر وقلق الشعوب الإسلامية ولا بد لشركات البتروول من أن تعطيه نسبة أكبر مما يحصلون عليه مقابل بترولهم ... فلما لا أقوى اعطائهم قسمًا أكبر من الأرباح فحسب. بل أقوى أيضاً إعطاهم شركاء عمل معي في البحث عن البتروول ولتشارده». راجع في ذلك أحمد الخريجي. المرجع السابق. ص ٦٠.



ويعتبر قانون البترول الإيراني الصادر في ٢١ يوليو عام ١٩٥٧ هو أول تشريع - في منطقة الشرق الأوسط - ينص على الأخذ بنظام عقود المشاركة في مجال صناعة البترول. فقد نص هذا القانون على أنه يجب على الشركة الوطنية الإيرانية للبترول أن تمتلك، على الأقل، ثلاثين بالمائة (٧٢٠٪) من رأس مال الشركة الأجنبية المستثمرة. بل لقد رخص لهذه الشركة أن تشارك في أنشطة الشركة الأجنبية سواء من خلال إنشاء شركة مختلطة *Une Société Mixte* تتمتع بالشخصية القانونية تقوم بتأسيسها الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الأجنبية المتعاقدة معها، أو من خلال إنشاء مشروع مشترك *Entreprise Commune*. أي هيئة منشأة بواسطة الطرفين المتعاقدين لا تتمتع بالشخصية القانونية تقوم بتنفيذ العمليات المتفق عليها في العقد نيابة عن الطرفين<sup>(١)</sup>.

ويعتبر أول عقد مشاركة تم إبرامه وفقاً لهذا القانون العقد الذي أبرم في مارس سنة ١٩٥٧ بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية «أجيپ». وهي إحدى فروع المؤسسة الإيطالية «أيني». وبموجب هذا العقد يقوم الطرفان بإنشاء شركة مختلطة تسمى بالشركة الإيرانية الإيطالية للبترول *Société irano - italienne des pétroles* «S.I.R.I.P.»، تتولى أعمال البحث والإنتاج وبيع البترول الخام ومشتقاته.

وقد يمتد نشاطها إلى أعمال التكرير والصناعات البتروكيمياوية الأخرى. ويساهم كل طرف منهما بخمسين في المائة من رأس مال الشركة. ويتم تسجيل هذه الشركة على أنها شركة إيرانية، وتخضع للقوانين الإيرانية في كل المسائل التي لم يتناولها العقد، وتتمتع هذه الشركة بالشخصية القانونية المستقلة عن الأطراف.

وبموجب هذا العقد أيضاً يتم توزيع البترول المنتج بالتساوي بين الطرفين، ويكون للشركة المتعاقدة (أجيپ) الحق في الحصول على نسبة

(١) انظر

معينة من البترول بأسعار خاصة. وتحصل الحكومة الإيرانية على خمسين في المائة من الأرباح الصافية التي تحققها الشركة المختلطة، ويوزع الباقي على الطرفين (الشركة الوطنية الإيرانية «نيوك». والشركة الإيطالية «أجيپ») منصفة. وهو ما يجعل الحكومة الإيرانية تحصل في نهاية الأمر على ٧٥٪ من الأرباح<sup>(١)</sup>.

وفي عام ١٩٥٨ أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية عقد مشاركة مع الشركة الأمريكية (بان أمريكان Pan American) وبسبب هذا العقد يقوم الطرفان بإنشاء مشروع مشترك Entreprise Commune. هذا المشروع لا يتمتع بالشخصية القانونية. ولا يعد كياناً قانونياً قائماً بذاته ومستقلاً عن الطرفين. وتعود ملكيته إلى كل من الطرفين بنسب متساوية. ولا يكون لهذا المشروع أى حق ملكية على البترول المنتج. وتتحدر مهمته الوحيدة في إنتاج البترول والذي يتم توزيعه على الطرفين منصفة. فالمشروع المشترك الذي يتم إنشاؤه بموجب هذا العقد لا يتصرف إلا باعتباره وكيلاً عن الطرفين.

هذا ولقد أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية العديد من عقود المشاركة البترولية الأخرى المماثلة لهذا العقد. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، عقد المشاركة الذي أبرمته الشركة الوطنية الإيرانية مع الشركة الكندية «سافير Saphir» سنة ١٩٥٨<sup>(٢)</sup>.

ومنذ هذا التاريخ وتوالى عقود المشاركة المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال. ففي السعودية، أبرمت الحكومة السعودية مع الشركة اليابانية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٧ عقداً نصت المادة ٢٨ منه على أنه: «بعد اكتشاف الزيت بكميات تجارية، تتعهد الشركة المتعاقدة بأن أية شركة يكون قد حول إليها هذا الامتياز أو سيحول

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

Mustapha (M.): Op. Cit., P. 172 etss.

(٢) راجع في ذلك

Mustapha (M.). Op. Cit. PP 171 - 172

إليها سوف تعرض على الحكومة المساهمة لشراء أسهم رأسمالها بالنقد في حدود عشرة بالمائة (٢١٠٪) من رأس المال المدنو»ع(١).

وإذا كان هذا المقد المذكور قد اكتفى بالسماح للحكومة السعودية بالمشاركة في رأس مال الشركة المتعاقدة ونسبة ضئيلة لا تتجاوز عشرة بالمائة (٢١٠٪) من رأسمالها. فإن هناك عقودا أخرى أبرمتها السعودية وحقت لها مشاركة فعلية في جميع مراحل صناعة البترول. ويمكن أن نذكر من ذلك المقد الذي أبرمته حكومة السعودية مع الشركة الفرنسية «أوكسيراب» في ٤ أبريل سنة ١٩٦٥. فوجب هذا المقد. يتم تأسيس شركة عربية سعودية. (خلال الستة شهور التي تلى منح امتياز الاستغلال). وأن يعرض على الحكومة للإكتساب فيها بنسبة ٢٤٠٪ (المادة ٩). وعندما تؤسس تلك الشركة فإن امتياز الاستغلال ينتقل آليا إلى تلك الشركة (المادة ١٠). ويحتفظ الجانب السعودي والجانب الفرنسي بحق تسويت متساو في مجلس إدارة هذه الشركة. وينبغي أن يشتركا في إدارتها على أن يمثل الجانب السعودي المؤسسة السعودية العامة للبترول «بترومين» (المادة ١١). وتتولى هذه الشركة القيام بمختلف مراحل صناعة البترول. بما في ذلك انتاج ونقل وتكرير وتسويق البترول (المادة ٢٦)(٢).

كما أبرمت جمهورية مصر العربية عددا من عقود المشاركة البترولية تكاد تكون متشابهة تقريبا فيما تضمنته من أحكام. فبموجب هذه العقود. تمنح الحكومة المصرية الطرف الوطني (المؤسسة المصرية العامة للبترول). والطرف الأجنبي (الشركة الأجنبية المتعاقدة معها) امتيازاً مقصوراً عليهما وحدهما. مقسماً بينهما على المشاع بنسبة خمسين في المائة (٥٠٪) لكل منهما. على أن يقوم الطرفان (الوطني والأجنبي) بتأسيس شركة وكيلة عنها تتولى عملية استغلال البترول بعد اكتشافه بكميات تجارية. ويتكون نصف أعضاء مجلس إدارة الشركة القائمة بالعمليات من

(١) راجع في هذا المقد: د. محمد إيب شخير. د. صاحب ذهب: المرجع السابق. ص

١٨٢ وما بعدها. خصوصا ص ٢٠٩.

(٢) راجع في هذا المقد: د. محمد إيب شخير. د. صاحب ذهب: المرجع السابق. ص

١٢١٩ وما بعدها.

الجانب الوطني، والنصف الآخر من الجانب الأجنبي. على أن يتولى رئاسة مجلس الإدارة أحد الأعضاء المعيّنين من قبل الطرف الوطني، ويتولى منصب المدير العام للشركة - والذي يعتبر المدير التنفيذي لها - أحد الأعضاء المعيّنين من قبل الطرف الأجنبي<sup>(١)</sup>.

وبالاطلاع على نصوص العديد من هذه العقود - خصوصاً عقود المشاركة المبرمة مع إيران والسعودية ومصر - يمكننا أن نوجز المخطوط الرئيسية لعقود المشاركة فيما يلي:

أولاً: تتخذ عقود المشاركة، من حيث أطرافها، إحدى صور ثلاث: فإما أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة ذاتها والشركة الأجنبية على أن يتم تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو إحدى مؤسساتها بحصة في رأس المال، وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية. كما هو الحال بالنسبة لعقد المشاركة المبرم بين حكومة السعودية والشركة الفرنسية أوكسبراب عام ١٩٦٥. وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى، كما هو الشأن بالنسبة لعقود المشاركة التي أبرمتها جمهورية مصر العربية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي بان أمريكان وفيلبس عامي ١٩٦٤/٦٣. وأخيراً قد يبرم عقد المشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية، وذلك في الأحوال التي تخول فيها بعض الدول المنتجة الشركات الوطنية التابعة لها الحق في التعاقد مع الشركات الأجنبية من أجل استغلال ثرواتها البترولية كما هو الحال في إيران. فقد خول القانون الإيراني للبترول الصادر عام ١٩٥٧ الشركة الوطنية الإيرانية للبترول الحق في التعاقد مع الأشخاص الأجنبية لاستغلال ثرواتها البترولية، على نحو ما سبق أن ذكرنا.

(١) من ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان في ٢٣ أكتوبر عام ١٩٦٢. والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس في ٢٥ سبتمبر عام ١٩٦٢. والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان في ١٢ فبراير عام ١٩٦٤. راجع في هذه العقود، د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذم، المرجع السابق، ص ٦٨٨، ومليحها، ص ٨١١، ومليحها، ص ١٠٢٦، ومليحها، على التوالي.

ثانياً: تنص عقود المشاركة على أن يقوم طرفي العقد بتأسيس شركة في الدولة المنتجة تستع بعنيتها وتخضع للقوانين واللوائح النافذة فيها إلى المدى الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام الواردة في العقد المبرم بينهما. على أن لا تستع هذه الشركة بشخصية قانونية مستقلة عن الطرفين. وألا يكون لها أي حق سواء على البترول المنتج أو أية ممتلكات تستخدم بغرض تنفيذ العمليات المتفق عليها في العقد. ويكون الغرض الوحيد لهذه الشركة هو القيام بكل العمليات المتفق عليها في العقد نيابة عن الطرفين. وليس لها مزاولة أي عمل أو القيام بأي نشاط يتجاوز تلك العمليات<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تنص عقود المشاركة على أن يشارك الجانب الوطني بحصة في رأس مال الشركة القائمة بالعمليات. بيد أن هذه العقود تتباين فيما بينها فيما يتعلق بمقدار هذه الحصة. ففي بعض العقود كانت نسبة مشاركة الطرف الوطني أقل من نسبة مشاركة الطرف الأجنبي<sup>(٢)</sup>. وفي البعض الآخر كانت نسبة مشاركة الطرف الوطني والطرف الأجنبي متساوية. أي خمسين في المائة (٥٠٪) لكل منهما<sup>(٣)</sup>. وفي نوع ثالث من العقود كانت نسبة مشاركة الطرف الوطني تمثل الأغلبية في رأس مال الشركة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) وذلك باستثناء العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الإيطالية «اجيب» عام ١٩٥٧ حيث من هذا العقد على إنشاء شركة محتلفة تستع بالشخصية القانونية المستقلة

(٢) من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية. فليفا للمادة (٦٨) من هذا العقد كانت نسبة المشاركة عشرة في المائة (١٠٪) من رأس مال الشركة.

(٣) من ذلك العقود التي أبرمتها الشركة الوطنية الإيرانية مع الشركة الإيطالية «اجيب» عام ١٩٥٧. والشركة الأمريكية «بان أمريكان» عام ١٩٥٨. العقود التي أبرمتها الحكومة المصرية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي «بان أمريكان» و «فيليس» على ١٩٦٢، ١٩٦٤.

(٤) من ذلك العقد المبرم بين حكومة الكويت والشركة الوطنية الكويتية والشركة الاسبانية «هيبانويل» في عام ١٩٦٨. حيث أعطى هذا العقد للشركة الوطنية الكويتية نسبة مشاركة تقدر بواحد وخمسين في المائة (٥١٪) راجع في هذا العقد، د. سعد علام، موسوعة التشريعات ... المرحع الحق، من ١٩٨٨ ومابعدها.

وعلى أية حال، فبعد أن كانت الأغلبية في بداية الأمر من نصيب الشريك الأجنبي، والمشاركة بالأقلية من نصيب الشريك الوطني، فإن الاتجاه الذي ساد فيما بعد هو منح المشاركة بالأغلبية للشريك الوطني<sup>(١)</sup>.

وأبعا: تتخذ عقود المشاركة من حيث نطاق العمليات التي تخضع للمشاركة إحدى صورتين: فإما أن يشارك الجانب الوطني في العمليات التي تتم فقط على إقليم الدولة وهي عمليات اكتشاف البترول وتنميته وإنتاجه كما هو الشأن بالنسبة للعقود المبرمة مع جمهورية مصر العربية. وإما أن يتسع نطاق مشاركة الجانب الوطني ليشمل إلى جانب العمليات التي تتم على إقليم الدولة المتعاقدة، عمليات نقل البترول وتكريره وتسويقه. كما هو الحال بالنسبة للعقود المبرمة مع حكومة المملكة العربية السعودية.

خامسا: تكون ملكية البترول المنتج والتصرف فيه من حق كل من الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (١٧) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس عام ١٩٦٢ من أنه يكون لكل من المؤسسة وفيلبس كمالكين على الشاع حق الملكية والحيازة والتصرف، حسبما تراه كل منهما مناسبة. في خمسين في المائة (50) من جميع الزيت الخام المنتج بواسطة الطرفين.

وفي الحالة التي تكون فيها المشاركة متكاملة، أي تشمل إلى جانب إنتاج البترول نقله وتكريره وتصديره وتسويقه، فإن الشركة القائمة بالعمليات التي يتولى تأسيسها الطرفين هي التي تتولى القيام بكل هذه العمليات. وبناء عليه يمكن القول بأن الشركة الأجنبية لم يعد لها الحق

---

(١) من ذلك اتفاق الكويت مع شركة الزيت العربية المحدودة المبرم في ٢٢ أغسطس ١٩٧٤ حيث حصلت الكويت بموجبها على ستين في المائة (60) من كل عمليات وحقوق الشركة وممتلكاتها، واتفاق السعودية وشركة أرامكو في يونيو ١٩٧٤، واتفاق البحرين وشركة نفط البحرين المبرم في ٢٢ نوفمبر ١٩٧٤، واتفاق قطر مع شركة نفط قطر المبرم في ٢٠ فبراير ١٩٧٤، ولجميع في ذلك: د. سعد غلام، موسوعة التشريعات .... السرحم الحلبي، ص ٢٩٩، ص ٢٩٧، ص ٢٩٦، ص ٢٩٥ على التوالي.

المنفرد في إنتاج وتكرير ونقل وتصدير البترول المنتج كما كان عليه الحال في ظل عقود الامتياز.

وبالإضافة إلى ذلك تضمنت عقود المشاركة - كما هو الشأن بالنسبة لعقود الامتياز - شروطا تعاقدية تمد بمشابة قيود حقيقة على حق الطرفين الوطنى والأجنبى فى ملكية البترول المنتج والتصرف فيه بالبيع أو التصدير. من ذلك الشروط التعاقدية التى تنص على دفع إتاوة للدولة المنتجة تتمثل فى نسبة معينة من البترول المنتج<sup>(١)</sup>. وتلك التى تنص على حق الدولة فى شراء نسبة معينة من البترول المنتج لأجل الاستعمال المحلى<sup>(٢)</sup>. هنا إلى جانب الشروط التى تحظر على الشركة عدم بيع أو تصدير البترول المنتج لأية سلطة أجنبية معادية<sup>(٣)</sup>.

سادسا: تتضمن عقود المشاركة النص على أن يتحمل الشريك الأجنبى وحده مصاريف البحث والتنقيب عن البترول. مع وضع حد أدنى لقيمة هذه المصروفات وتوزيعها على فترات زمنية متعاقبة. وذلك إلى أن يتم اكتشاف البترول بكميات تجارية. وفى حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية تنقل كافة العمليات المتفق عليها فى العقد إلى الشركة التى يتولى الطرفان تأسيسها ويتحمل كل من الطرفين جميع المصروفات التى تنفق على عمليات تنمية حقول البترول المكتشفة واستغلالها كل حسب حصته فى المشاركة.

---

(١) من ذلك على سبيل المثال: المادة (١١) من عقد السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧. والمادة (٢٠) من عقد السعودية وشركة لوكسبراب عام ١٩٦٥. والمادة (١١) من عقدي مصر وبن أمريكان عامي ١٩٦٢، ١٩٦٤. والمادة (١/٢١) من عقد مصر وفيليس عام ١٩٦٢.

(٢) من ذلك على سبيل المثال: المادة (١٧) من عقدي مصر مع شركة بن أمريكان عامي ١٩٦٢، ١٩٦٤. والمادة (٢٨) من عقد مصر مع شركة فيليس عام ١٩٦٢. بل لقد ذهبت بعض العقود إلى إعطاء الحق للدولة المنتجة فى شراء كمية من البترول المنتج لاستعمالها ولاستعمال الدول الصديقة. من ذلك: عقد السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢٦) وعقد السعودية مع شركة لوكسبراب عام ١٩٦٥ (م ٢٠).

(٣) من ذلك مثلا: المادة (١٢) من عقدي مصر مع شركة بن أمريكان عامي ١٩٦٢، ١٩٦٤. والمادة (٢١) من عقد السعودية وشركة لوكسبراب عام ١٩٦٥.

سابعاً: يتضمن جانب من هذه العقود نعا يلزم الشركة القائمة بالاستغلال بإنشاء معمل أو أكثر لتكرير البترول في إقليم الدولة المنتجة. بيد أن هذا الالتزام كان مشروطاً بوصول الإنتاج عند مستوى معين، وثبوت الفائدة الاقتصادية والتجارية لقيام مثل هذه المعامل. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢٧) من العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ من أنه عندما يبلغ إنتاج الزيت الخام المستخرج ثلاثين ألف برميل يوميا لمدة تسعين يوما، فعلى الشركة بناء معمل لتكرير البترول في السعودية. وذلك في مدة لا تتجاوز سنتين. وعندما يبلغ متوسط مقدار الزيت خمسة وسبعون ألف برميل يوميا لمدة تسعين يوما فعلى الشركة بناء معمل أو معامل للتكرير لا يقل الحد الأدنى لإنتاجها عن ثلاثين بالمائة من إنتاج الشركة (١).

ثامناً: تتميز عقود المشاركة بأنها كانت قصيرة البدة بالمقارنة بعقود الامتياز. فلم تتجاوز مدد هذه العقود - في منطقة الشرق الأوسط - أكثر من خمسة وأربعين عاماً (٢). كما تتميز بأن مناطق البحث والتنقيب عن البترول التي كانت تشملها أقل بكثير من تلك التي كانت تغطيها عقود

(١) ومن ذلك أيضاً: العقد المبرم بين السعودية وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥. والعقد المبرم بين حكومة الكويت والشركة الوطنية الكويتية والشركة الأسبانية عام ١٩٦٨.

(٢) من ذلك العقد المبرم بين السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧. حيث نص على أن تكون مدة البحث سنتين يجوز مدتها لفترة سنتين أخريين. وعلى أن تكون مدة الاستغلال أربعين عاماً. والعقد المبرم بين السعودية وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥. فقد نص على أن تكون مدة البحث سنتين مع جواز امتدادها ثلاث سنوات أخرى. كما نص على أن تكون مدة الاستغلال ثلاثين عاماً من تاريخ اكتشاف الزيت بكميات تجارية. كذلك أيضاً العقود المبرمة بين الحكومة المصرية وشركتي بان أمريكاف وفيليس على ١٩٦٢، ١٩٦٤. فقد نصت المادة (٤) منها على أن تكون مدة الاستغلال ثلاثين عاماً مع جواز امتدادها لمدة أخرى قدرها خمسة عشر عاماً.

وسا تجدر الإشارة إليه أن بعض التشريعات البترولية قد نصت على حد أقصى للمدة التي يمكن أن يستغرقها العقد. ويمكن أن نذكر من ذلك قانون البترول الإيراني لعام ١٩٥٧. والذي نص على أن تكون مدة العقد خمسة وعشرين عاماً تبدأ من تاريخ إنتاج البترول بكميات تجارية، مع جواز تجديدها ثلاث مرات لمدة خمس سنوات في كل مرة. كما نص على مدة للبحث والتنقيب بعدد أقصى اثنتا عشرة سنة. انظر في ذلك: Ait Chaaial (M.S.): Op. Cit., P. 171.



الامتياز. بل وأكثر من ذلك فإن هذه العقود قد تضمنت نصوما تلزم الشركات الأجنبية بالتخلي عن المناطق غير المستقلة وفقا لمعدلات وفترات زمنية معينة<sup>(١)</sup>. بينما لم تكن عقود الامتياز تتضمن مثل هذه النصوص.

ومما تجدر الإشارة إليه أن معظم عقود المشاركة<sup>(٢)</sup> تضمنت نصا يقضى بتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد بطريق التحكيم<sup>(٣)</sup>.

ومن خلال هذا العرض الموجز للخطوط العامة والخصائص الرئيسية التي تتميز بها عقود المشاركة، يمكن القول بأن هذه العقود تحقق العديد

---

(١) وما تجدر الإشارة إليه أن بعض قوانين البترول قد نمت على التزام الشركة بالتخلي عن المناطق غير المستقلة. من ذلك القانون الإيراني للبترول عام ١٩٥٧، حيث نمت المادة (٧) منه على أن الساحة التي يشغلها البحث والتقيب يجب أن تنقل إلى خمسين في المائة (٥٠٪) خلال المشر سنوات التالية للتوقيع على العقد وذلك بنسبة خمسة وعشرين في المائة (٢٥٪) كل خمس سنوات وأن تنحصر في المنطقة المستقلة بالنقل. راجع في ذلك

Ali Chaatani (M.S.): Op. Cit., P. 173.

(٢) من ذلك: العقود التي أبرمتها الشركة الوطنية الإيرانية مع كل من شركة أجيپ عام ١٩٥٧، وشركة سافير عام ١٩٥٨، وشركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، راجع في هذه العقود:

LOGIE (J.), Les contrats pétroliers iraniens, R.B.D.I., 1965, P. 391, Spéc. P. 410 etSS.

وكذلك العقد المبرم بين المؤسسة العامة السعودية «بترومين» وكل من شركة أجيپ عام ١٩٦٧ (م ٦٠)، والعقد المبرم بين هذه المؤسسة والشركات الثلاث سنكلير، وناومس، وباكستان عام ١٩٦٧ (م ٦٥). راجع في هذه العقود: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرحح السابق، ص ١٢٠٠ وما بعدها، ص ١٢٥١ وما بعدها.

وكذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية، والمؤسسة ..... وشركة فيليبس عام ١٩٦٢ (م ١٨)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية، والمؤسسة ... والشركة الشرقية للبترول والشركة الدولية للزيت عام ١٩٦٢ (م ٦٧).

(٣) على أن يلاحظ أن بعض عقود المشاركة التي أبرمتها الحكومة المصرية قد فرقت بين نوعين من المنازعات المنازعات التي تنشأ بين الحكومة وطرف أو أكثر من أطراف العقد، والمنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد الأخرى. ونصت على اخصاص النوع الأول لاختصاص المحاكم المصرية، بينما نمت على اخصاص النوع الثاني للتحكيم. من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين الحكومة المصرية، والمؤسسة ..... وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٢ (م ١٦)، والعقد المبرم بين نفس الأطراف عام ١٩٦٢.

من المزايا للدول المنتجة<sup>(١)</sup>. بالمقارنة بمقود الامتياز، والتي من أهمها:

١ - تتيح هذه المقود للدول المنتجة بأن تمارس رقابة فعلية على أعمال الشركة الأجنبية القائمة باستغلال ثرواتها البترولية. وذلك بما لها من تمثيل في مجلس إدارة الشركة القائمة بالعمليات.

٢ - تلقى هذه المقود على عاتق الشركة الأجنبية المتعاقدة ببنسوية تمويل عمليات البحث والتنقيب عن البترول واكتشافه. فلا يلتزم الطرف الوطني بالمشاركة في هذه النفقات إلا بعد اكتشاف البترول وبكميات تجارية. فإذا لم يكتشف البترول بكميات تجارية، أعفى الطرف الوطني من المشاركة في النفقات، وبذلك فإنه بموجب هذه المقود تتجنب الدولة المنتجة الخسارة الناجمة عن النفقات الضائعة في الوقت الذي تحقق فيه فائدة استثمار رأس مال أجنبي على إقليمها في أعمال البحث والكشف عن البترول.

٣ - تفسح هذه المقود المجال أمام الدول المنتجة في أن تشترك، ولأول مرة، سواء بنفسها أو عن طريق المؤسسات أو الشركات التابعة لها، في عمليات تسويق البترول والتي تعتبر بحق من أدق وأهم مراحل صناعة البترول وأكثرها تعقيدا. ومن خلال ذلك تتيح الفرصة لهذه الدول في اكتساب خبرات الشركات الأجنبية الكبرى في هذا المجال.

٤ - تتيح هذه المقود - خصوصا عندما تشمل مشاركة الجانب الوطني كل عمليات استغلال البترول من إنتاج ونقل وتكرير وتسويق - الفرصة أمام الدول المنتجة لتكوين جيل من الخبراء المتخصصين في شتى مراحل صناعة البترول.

٥ - تحقق عقود المشاركة التي يشترك فيها الجانب الوطني بحصص في المانة (٥٠٪) على الأقل من رأس مال الشركة القائمة بالعمليات،

(١) سطر في مريتا خلود تسناركة، د. سعد غلام، نحو استثمار البتولة لبترونها بنفسها. بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، ١٩٦٧، ص ٥. أحمد قحريجي المرحوم اسحاق ص ٥: ٣. عبدالرحيم محمد محمد، المرحوم اسحاق، ص ١٢٢. ومعهما

للدول المنتجة نصيباً من الأرباح لا يقل عن خمسة وسبعين في المائة (٧٥٪) من الأرباح الصافية. منها خمسون في المائة (٥٠٪) مقابل الضرائب والريوع والإيجارات تطبيقاً لبدأ مناصفة الأرباح. وخمسة وعشرون في المائة (٢٥٪) مقابل المنصفة كشريك في الأرباح الصافية.

وفي المقابل، فإن هذه العقود تحقق للشركات الأجنبية نوعاً من الاستقرار والاطمئنان في علاقاتها مع الدول المنتجة وذلك باعتبار أنها أصبحت شريكة لها وليست مجرد صاحب امتياز على النحو الذي كان سائداً في ظل عقود الامتياز<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، إذا كانت الدول المنتجة قد استطاعت التوصل إلى صياغة تعاقدية جديدة، نبذت بها نظام الامتياز التقليدي، فإنها لم تقف عند حد المطالبة بالشاركة في إستغلال ثرواتها البترولية، بل توسلت إلى صياغة تعاقدية جديدة أخرى، عرفت باسم عقد المقاوله البترولي، وهو الشكل التعاقدى الذي نتناوله الآن.

## المطلب الثاني

### عقود المقاوله

بعد أن عرضنا لنظام عقود الامتياز ثم عقود المشاركة، نعرض الآن لنظام عقود المقاوله باعتباره من أهم الأشكال التعاقدية وأحدثها التي سادت في العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال من أجل اكتشاف البترول واستغلاله.

ولا يعتبر عقد المقاوله نظاماً جديداً في مجال صناعة البترول العالمية. فقد ظهر هذا النوع من العقود، لأول مرة في المكسيك عام ١٩٥٠، والتي قامت بتأميم صناعة البترول عام ١٩٣٨ وأسست الشركة الوطنية للبترول المعروفة باسم بيمكس «Pemex». فقد دفعتمنا الحاجة للامكانيات الفنية إلى الاستعانة بعقود المقاوله لمباشرة عمليات صناعة البترول مع الشركات الأمريكية. كما أخذت بهذا الشكل التعاقدى الأرجنتين.

(١) راجع: د. سعد غلام، نحو استثمار الدولة للبترولها بنفسها، المرجع السابق، ص ١٠.

والتي أبرمت عددا من عقود المقايضة مع الشركات الأجنبية في الفترة من عام ٥٨ - ١٩٦٦ (١).

ولقد تم إدخال هذا النوع من العقود إلى منطقة الشرق الأوسط على يد الشركة الفرنسية للبحث والأنشطة البترولية والمسمى «إيراب» وذلك عندما أبرمت عقد مقايضة بترول مع الشركة الوطنية الإيرانية للبترول في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٦٦ (٢). كما أبرمت نفس الشركة عقدا آخر مع شركة النفط الوطنية العراقية في ٣ نوفمبر عام ١٩٦٧ (٣). كما أخذت بهذا الشكل التعاقدى الشركة البرازيلية «بتروبراس» وذلك عندما أبرمت عقد مقايضة مع الشركة الوطنية العراقية للنفط في ٦ أغسطس عام ١٩٧٢ (٤).

وملحقا لهذا النوع من العقود، فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة لا تعتبر صاحبة امتياز، كما كان عليه الحال في مثل عقود الامتياز، أو شريكا فيه، على نحو ما هو متبع في مثل عقود المشاركة. وإنما تعتبر مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقدة معها. وتتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول واتجاهه وتسويقه.

---

(١) انظر: د. عبدالباقى أحمد عبدالباقى، النظام التقونى .... المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) انظر: Ait Chaat (M.S.), Op. Cit. P. 182.

وراجع في هذا المقاد:

Devaux - Charbonnel (J.), L'accord pétrolier Franco - iranien conclu le 27 Août 1966 entre la société National iranienne des pétroles (S.N.I.P.) et le groupe de L'entreprise de recherches et d'activités pétrolières (E.R.A.P.), A. F. D. L. 1966, P. 798 etss. Mustapha (M.), Op. Cit., P. 178 etss.

وأضفا، د. سعد غلام، نحو استثمار الدولة لبترولها بنفسها، المرجع السابق، ص ٧ وملحقها.

(٣) راجع في هذا المقاد: د. محمد ليب شخير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٩٦٦ وملحقها، وأضفا، د. سعد غلام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ٦٧ وملحقها.

(٤) راجع في هذا المقاد: د. سعد غلام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ٨١ وملحقها.

وتتحمل وحدها النفقات اللازمة لأعمال البحث والتنقيب عن البترول مع التزامها باتفاق مبالغ معينة كحد أدنى بالكيفية المتفق عليها في العقد. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن المبالغ التي أنفقتها تنسحب عليها نهائياً. أما إذا اكتشف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري فإن هذه المبالغ تعتبر قروضا بدون فائدة تسدها الشركة الوطنية خلال الفترة المتفق عليها. كما تلتزم الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات تقييم وتطوير حقول البترول المكتشفة. على أن هذه الأموال تعتبر قرضا بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسدادها. كما تتولى الشركة الأجنبية مساعدة الشركة الوطنية في تسويق جزء من كميات البترول المنتج.

وفي مقابل كل هذه الالتزامات التي تتحمل بها الشركة الأجنبية، يكون لها الحق في شراء نسبة معينة من البترول المنتج بأسعار خاصة طوال مدة العقد<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن عقود المماثلة قد تتباين فيما بينها من عقد لآخر. سواء من حيث فترات البحث والتنقيب أو مدة العقد ذاته، أو من حيث المبالغ التي يجب على الشركة الأجنبية أن تنفقا على عمليات البحث والتنقيب، أو من حيث المقابل الذي تحصل عليه الشركة الأجنبية أو من حيث إدارة العمليات، بيد أن هذه العقود تتمتع بخصائص مشتركة وسمات عامة يمكن أن نوجزها فيما يلي.

أولاً: تعتبر شركة البترول الوطنية المتعاقدة مع الشركة الأجنبية هي المالك الوحيد للبترول المنتج. ولكافة الأصول الثابتة. وكذلك الأصول المتحركة التي تستخدمها الشركة الأجنبية على وجه الدوام وتحب تكلفتها على حساب الشركة الوطنية. ولعل ذلك يرجع إلى كون الشركة الأجنبية مجرد مقول يعمل لحساب الشركة الوطنية<sup>(٢)</sup>. وليست صاحبة امتياز أو شريكا للشركة الوطنية كما سبق أن ذكرنا.

(١) انظر

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P 183. Mustapha (M.), Op. Cit., P. 177 etSS.

ونظر أيضاً د. - . حليم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٢) في نفس المعنى راجع.

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P 184

ثانياً: تلتزم الشركة الأجنبية بأن توفر الأموال اللازمة لتغطية نفقات البحث والتنقيب عن البترول. وتعتبر هذه الأموال قروضا بدون فائدة تسدها الشركة الوطنية في حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية فقط، بحيث أنه في حالة عدم اكتشاف البترول بكميات تجارية، فإن الشركة الأجنبية تتحمل وحدها هذه النفقات ويدون أن يكون لها الحق في الحصول على أي تعويض. كما تلتزم أيضاً بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات الاستثمار وكذلك نفقات التشغيل. وتعتبر هذه الأموال قروضا بفوائد تلتزم الشركة الوطنية بسدادها في خلال فترة زمنية معينة (١).

ثالثاً: تلتزم الشركة الأجنبية بتسويق جزء من البترول المنتج في حالة طلب الشركة الوطنية ذلك. على أن تحصل الشركة الأجنبية على تعويض عن نفقات التسويق أو على عمولة معينة يتفق عليها الطرفان في العقد (٢).

رابعاً: تحصل الشركة الأجنبية، في مقابل الالتزامات التي تتحمل بها، على الحق في شراء نسبة معينة من البترول المنتج وبأسعار خاصة وفقاً لما هو متفق عليه في العقد (٣).

خامساً: لا تلتزم الشركة الأجنبية تجاه حكومة الدولة المنتجة بدفع أية إيجارات أو عوائد، كما تعفى من دفع أية ضرائب أو رسوم وتلتزم بها الشركة الوطنية باعتبارها المالك الوحيد للبترول المنتج.

سادساً: تتولى الشركة الأجنبية إدارة العمليات في فترة البحث والتنقيب عن البترول واكتشافه مع أخذ رأى الشركة الوطنية. أما بالنسبة لإدارة العمليات في فترة الاستغلال - والتي تبدأ من تاريخ اكتشاف البترول بكميات تجارية وحتى نهاية ائدة المتفق عليها في العقد - فقد نس عقد المفاوضة المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الفرنسية «إيراب» على أن تتولى هذه الأخيرة إدارة العمليات مع استشارة الشركة

Ibid, P. 186.

(١) انظر:

Ibid., P. 187.

(٢) انظر:

Ibid. P. 187.

(٣) انظر:

الوطنية الإيرانية. هنا في حين نص عقد المقاوله المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب على أن تتولى إدارة العمليات لجنة مشكلة من عضوين إثنين: أحدهما عن الشركة الوطنية العراقية والآخر عن الشركة الفرنسية؛ وذلك لإبداء الرأي حول القضايا ذات الصلة بعمليات الاستثمار وبعد مرور خمس سنوات من تاريخ اكتشاف البترول بكميات تجارية تنتقل إدارة العمليات إلى الشركة الوطنية العراقية على أن تحصل على موافقة الشركة الفرنسية «إيراب» على القرارات التي من شأنها إحداث تغييرات رئيسية في التكاليف أو حجم الإنتاج.

وبالإضافة إلى ما تقدم من خصائص وسمات تتمتع بها عقود المقاوله، تتميز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة بالمدد التي كانت عليها عقود الامتياز، بل وحتى عقود المشاركة<sup>(١)</sup>. ففي العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب كانت مدة البحث والتنقيب ست سنوات، وكانت مدة الاستغلال عشرين سنة تبدأ من تاريخ الإنتاج التجاري. كما تميزت هذه العقود أيضا بأن المساحات التي كانت تشملها محدودة للغاية. وكان نظام التخلي عن المناطق غير المستغلة أشد صرامة بالمقارنة بالتخلي الذي كان منصوصا عليه في عقود الامتياز وعقود المشاركة<sup>(٢)</sup>. ففي العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب - السالف الذكر - التزمت الشركة الفرنسية بالتخلي عن خمسين في المائة (50٪) من المساحة التي يشملها العقد خلال الثلاث سنوات الأولى، وعن خمس وعشرين في المائة (25٪) في خلال السنتين التاليتين. وعن كافة المساحات غير المستغلة بإنهاء فترة البحث والتنقيب المنصوص عليها في العقد.

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن هذه العقود قد نصت على الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف.

(١) انظر في نفس المعنى:

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 184.

ويذكر الفقيه أن مدد البحث عن البترول واستغلاله وفقا لعقود المقاوله لم تكن تتجاوز أربعة وثلاثين عاما.

(٢) راجع في نفس المعنى شرح المذكور أعلاه. نفس الصفحة.

## المطلب الثالث

### عقود اقسام الإنتاج

لا تعتبر عقود اقسام الإنتاج نظاما تعاقديا جديدا في مجال صناعة البترول العالمية. فقد ظهر هذا النوع من العقود إلى الوجود في أندونيسيا منذ صدور قانونها البترولي رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٦١ (١).

وتعتبر جمهورية مصر العربية رائدة في الأخذ بعقود اقسام الإنتاج. فقد كانت أول دولة في منطقة الشرق الأوسط تأخذ بنظام عقود اقسام الإنتاج في معاملاتها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البترول. ويعتبر أول عقد اقسام انتاج تبرمه مصر ذلك العقد الذي أبرمته مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة شمال سومطرة (نوسوديكو) في ١٦ مايو عام ١٩٧٠ (٢). ومنذ ذلك التاريخ، وحتى الوقت الحالي، أصبح نظام عقود اقسام الإنتاج هو النظام السائد في جمهورية مصر العربية من أجل البحث عن البترول واستغلاله.

كما أخذت بهذا النظام دولة قطر وذلك عندما أبرمت عقدا من هذا النوع مع مجموعة الشركات الألمانية والأمريكية في ١٠ أبريل عام ١٩٧٦ (٣). كما أخذت به أيضا سلطنة عمان في العقود التي أبرمتها مع الشركات الأجنبية في عامي ١٩٧٥، ١٩٧٦ (٤).

وبالإطلاع على عقود اقسام الإنتاج التي أبرمتها مصر مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية. وتلك التي أبرمتها حكومة قطر وسلطنة عمان السابقة الذكر. يمكن القول بأنه بموجب هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي (الشركة الأجنبية المتعاقدة) بكافة مصاريف البحث

---

(١) انظر: د. سعد علام، تطور التشريعات والاتفاقيات البترولية المصرية، مجلة البترول،

المجلد ٢٢، العدد الرابع، أبريل ١٩٨٦، ص ٢٧ ومليحها، خصوصا ص ٢١.

(٢) راجع في هذا العقد: د. سعد علام، المرجع المذكور أعلاه.

(٣) راجع في هذا العقد: د. سعد علام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ٤٧٥ ومليحها.

(٤) راجع في هذه العقود: د. سعد علام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ٦٦١ ومليحها.



والتعقيب عن البترول وتطويره وإنتاجه. مع النمى على حد أدنى لقيمة المصروفات التى يتمهد الطرف الأجنبى بانفاقها هذا من ناحية، وتوزيعها على فترات زمنية متعاقبة من ناحية أخرى. فإذا لم يتحقق اكتشاف للبترول بكميات تجارية، فإن الطرف الأجنبى يتحمل وحده بكافة المصاريف دون أن يكون له الحق فى الحصول على أى تعويض. وفى حالة اكتشاف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجارى، يكون من حق الطرف الأجنبى استرداد هذه المصاريف. وتشارك فى ذلك عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاوله على نحو ما رأينا.

ويسترد الطرف الأجنبى كافة التكاليف والمصروفات الخاصة بجميع عمليات البحث والتنمية والإنتاج وذلك فى شكل نسبة معينة من البترول المنتج يتم الاتفاق عليها فى العقد. وتتفاوت هذه النسبة من عقد لآخر. ففي العقود التى أبرمتها حكومة قطر وسلطنة عمان فى عامى ١٩٧٥، ١٩٧٦ السالفة الذكر، بلغت هذه النسبة أربعين فى المائة (٤٠٪) من البترول المنتج. فى حين تتراوح هذه النسبة مابين ثلاثين فى المائة (٣٠٪) (١)، إلى أربعين فى المائة (٤٠٪) (٢) من البترول المنتج فى العقود التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية.

أما بالنسبة للكمية المتبقية من البترول المنتج - أى الكمية المتبقية بعد سداد مصروفات البحث والتنمية والإنتاج - فيأخذها ويتصرف فيها

---

(١) من ذلك على سبيل المثال: العقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس الليبرية البرم فى ٢ أغسطس عام ١٩٨٧ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ مكرر (د) - فى ٦ يوليى ١٩٨٧)، والعقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة لوكو الأمريكية البرم فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٧ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ (تابع) فى ٢٠ يونيو ١٩٨٨).

(٢) من ذلك على سبيل المثال: العقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو الأمريكية وشركة توتال الفرنسية فى ٢٢ فبراير عام ١٩٨٢ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ٨ (أ) فى ٢٥ فبراير ١٩٨٢)، والعقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة ٠٠٠ وشركة بى بى الأمريكية فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ (تابع) فى ٢٩ ديسمبر ١٩٨٨).

الطرف الوطنى والطرف الأجنبى وذلك وفقا للحصة المقررة لكل منهما والمتفق عليها فى العقد. وتتفاوت هذه الحصة من عقد لآخر. كما أنها تتغير بتغير مستويات الإنتاج<sup>(١)</sup>. وعادة ما تتناقص الحصة المقررة للطرف الأجنبى كلما ارتفعت الكمية المنتجة من البترول. وللإيضاح نضرب لذلك مثالا. فى العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل ويننج الهولندية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧. تم الاتفاق على أن توزع الكمية المتبقية من البترول المنتج بين الهيئة والشركة على الوجه الآتى: حتى مائة ألف برميل يوميا تكون حصة الهيئة ٧٥٪. وللشركة ٢٥٪. ما يزيد على مائة ألف برميل وحتى مائتى ألف برميل يوميا تكون حصة الهيئة ٧٧٪. وللشركة ٢٣٪. ما يزيد على مائتى ألف برميل يوميا تكون حصة الهيئة ٨٠٪. وللشركة ٢٠٪. من كمية البترول المنتج المتبقية<sup>(٢)</sup>.

وفىما يتعلق بإدارة الصليات فقد اتخذت عقود اقتسام الإنتاج طرقا شتى. فقد درجت عقود اقتسام الإنتاج التى أبرمتها مصر مع الهيئة المصرية العامة والشركات الأجنبية<sup>(٣)</sup>. على التفرقة بين فترة البحث والتنقيب عن البترول، وفترة التنمية والاستغلال. ففي الفترة الأولى يقوم المقاول (الشركة الأجنبية المتعاقدة) بإعداد البرامج والميزانيات الخاصة بأعمال البحث والتنقيب، على أن تتولى فحصها لجنة مشتركة تنشئها الهيئة والمقاول بعد تاريخ سريان العقد. وتتكون هذه اللجنة من ستة أعضاء يعين كل طرف ثلاثة منهم. وتعين الهيئة رئيس اللجنة من بين الأعضاء الذين عينتهم.

---

(١) وذلك باستثناء العقود التى أبرمتها حكومة سلطنة عمان فى عام ١٩٧٥، ١٩٧٦ (المعلق الإشارة إليها) حيث نصت على نسبة مائة وثلاثة مئدرها (٨٠٪) للسلطنة، وعشرون فى المئة (٢٠٪) للطرف الأجنبى.

(٢) راجع أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تلىج) فى مايو سنة

١٩٨٨.

(٣) كنشئة. راجع العقود المشار إليها فى التوصلات السابقة.

وفي الفترة الثانية، أي فترة التنية والاستغلال والتي تبدأ عقب الثور على البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري، تتولى إدارة العمليات شركة تقوم بتأسيسها الهيئة والمقاول. تتكون من ثمانية أعضاء يعين كل طرف منها أربعة منهم، على أن يتولى أحد الأعضاء المعينين من قبل الهيئة رئاسة مجلس الإدارة، ويتولى أحد الأعضاء المعينين من قبل المقاول منصب المدير العام. وتخضع هذه الشركة للقوانين واللوائح النافذة في مصر في الحدود التي لا تتعارض فيها مع نصوص العقد أو عقد تأسيسها، والفرص من هذه الشركة هو القيام بدور الوكيل الذي تستطيع الهيئة والمقاول من خلاله تنفيذ وإدارة عمليات التنية والاستغلال المنصوص عليها في العقد ومن هذه الزاوية تتشابه عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المشاركة التي أبرمتها مصر على نحو ما سبق بيانه.

وفي عقود اقتسام الإنتاج التي أبرمتها سلطنة عمان - السالفة الذكر - يتولى إدارة العمليات الطرف الأجنبي على أن تشكل لجنة للإشراف عليها تتكون من خمسة أعضاء، ثلاثة منهم عن الطرف الأجنبي، واثنان عن السلطنة، وذلك طوال فترة البحث والتنقيب. ثم يتمثل هذا التشكيل بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية فيكون اثنان عن الطرف الأجنبي، وثلاثة عن السلطنة.

وفي عقد اقتسام الإنتاج الذي أبرمته حكومة قطر مع الشركات الألمانية والأمريكية - السالف الذكر - يتولى الطرف الأجنبي إدارة العمليات طوال مدة العقد، فهو الذي يضع البرامج والميزانيات الخاضعة بأعمال البحث، وكذلك برامج الإنتاج والتنية بعد الاكتشاف التجاري. ... أن يخضع في ذلك لمراجعة الحكومة ولجنة الإدارة التي تتكون من ستة أعضاء يعين كل طرف ثلاثة منهم، على أن تكون رئاسة هذه اللجنة لأحد الأعضاء المعينين من قبل الحكومة.

وبالإضافة إلى ما تقدم، تنسب عقود اقتسام الإنتاج بخصائص مشتركة منها أن الشركة الأجنبية الطرف في العقد لا تلتزم تجاه حكومة المولة

المتعاقدة بأداء أية إيجارات<sup>(١)</sup> أو عوائد.

كما أنها لا تلتزم بأداء أى نوع من الضرائب أو الرسوم، وذلك على خلاف ما كان متبعاً في ظل عقود الامتياز وعقود المشاركة. ولعل ذلك يرجع إلى كون الشركة الأجنبية المتعاقدة مجرد مقاول يعمل لحساب الطرف الوطني. وفي ذلك تشابه عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاول.

كما تتميز عقود اقتسام الإنتاج بقصر مدتها بالمقارنة بعقود الامتياز وعقود المشاركة، حيث لم تتجاوز مدة البحث والتنقيب عن البترول في كل عقود اقتسام الإنتاج التي أبرمتها مصر، على سبيل المثال، مع الشركات الأجنبية ثمان سنوات<sup>(٢)</sup>. كما لم تتجاوز مدة التنمية والاستغلال خمسة وعشرين عاماً<sup>(٣)</sup>. ومن هذه الناحية تشابه عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاول على النحو السابق بيانه.

كما أن المساحات التي تغطيها هذه العقود محدودة للغاية بالمقارنة بالمساحات التي كانت تغطيها عقود الامتياز. كما أن نظام التخلي عن المناطق غير المستغلة المنصوص عليه في هذه العقود أشد صرامة بالمقارنة بنظام التخلي الذي كان منصوص عليه في عقود الامتياز وعقود المشاركة. فعلى سبيل المثال، طبقاً للعقد المبرم بين حكومة قطر ومجموعة الشركات الألمانية والأمريكية عام ١٩٧٦، يتخلى المقاول (أي الشركات المتعاقدة) عن خمسين في المائة (٥٠٪) من المنطقة التي يشملها العقد خلال الخمس سنوات الأولى، ثم يتخلى عن عشرين في المائة (٢٠٪) أخرى من المنطقة خلال الثمان سنوات الأولى، ولا يستبقى غير مناطق العمل الفعلي بحد الإثني عشر عاماً الأولى. وفي ذلك تشابه أيضاً عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاول.

(١) باستثناء العقود التي أبرمتها قطر وسلطنة عمان في عامي ١٩٧٥، ١٩٧٦، انظر أيضاً المذكور، حيث نصت على أن يدفع الطرف الأجنبي إيجاراً سنوياً حتى تاريخ بدء التصدير.

(٢) باستثناء العقد المبرم بين مصر والهيئة وشركة أسو في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٨٤، حيث كلفت مدة البحث عشر سنوات كحد أقصى (الحريفة الرسمية، العدد ١٠٠٠٠، تاريخ) في ٦ أغسطس ١٩٨٤.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن هذه العقود قد نصت على الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف بسدها. على أن يلاحظ أن العقود التي أبرمتها الحكومة المصرية مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية. قد درجت على التفرقة بين المنازعات التي تنشأ بين الحكومة ومطرف أو أكثر من أطراف العقد والمنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد الأخرى. ونصت على إخضاع البترول الأول لاختصاص المحاكم المصرية. بينما نصت على إخضاع النوع الثامن لنظام التحكيم.

ونحن نرى عدم وجود ما يبرر هذه التفرقة. فالهيئة المصرية العامة للبترول وإن كانت تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة. إلا أنها في نهاية الأمر ليست سوى جهاز من أجهزة الدولة. وأى ضرر يقع عليها يلحق في نفس الوقت بالدولة. هذا من ناحية. من ناحية أخرى. فإن هذه التفرقة غير منطقية وقد تثير السموات في التطبيق فلو أن خلافا ما دب بين الحكومة. والهيئة. والشركة الأجنبية المتعاقدة. بشأن مسألة معينة. فإنه من غير المنطقي أن يخضع هذا النزاع مرتين. مرة أمام القضاء المصري للفصل فيه بين الحكومة من ناحية والهيئة والشركة الأجنبية من ناحية أخرى. ومرة ثانية أمام المحكمين للفصل فيه بين الهيئة من ناحية. والشركة الأجنبية من ناحية ثانية.

ولذا نرى إما أن يتم الاتفاق على اختصاص القضاء المصري بشأن المنازعات التي تثور بين الأطراف جميعا أو أن يتم الاتفاق على تسويتها بطريق التحكيم.

---

(١) بشأن العقد المبرم بين مصر والهيئة وشركة شل وينتج الهولندية. وشل قانون تسوية في ٨ أبريل سنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية. العدد ١٢ مكرر (أ) في ٢١ مارس ١٩٨٤) والعقد المبرم بين مصر والهيئة وشركة شل وينتج البترول في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية. العدد ١٩ (تلمع) في ١٢ مايو ١٩٨٨) حيث كتبت مدة عقد التنقية عشرين عاما يجوز مدتها عشر سنوات أخرى.



### **الفصل الثالث**

#### **أهم الحقوق والالتزامات التي تنشأها عقود البترول وأهم الشروط التعاقدية التي تتضمنها**

تتميز عقود البترول عن غيرها من العقود من حيث الحقوق والالتزامات التي تنشأ على عاتق الأطراف. كما تتميز أيضا باشتغالها على شروط تعاقدية من غير المألوف إدراجها في العقود المعتاد إبرامها بين الأشخاص الخاصة، سواء في إطار المعاملات الداخلية أو المعاملات الدولية الخاصة.

ونعرض في مبحث أول لأهم الحقوق والالتزامات التي تنشأ عقود البترول، ثم نعرض في مبحث ثان لأهم الشروط التعاقدية التي تتضمنها.

## المبحث الأول

### أهم الحقوق والالتزامات التي تنشأها عقود البترول

تنشأ عقود البترول مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق أطرافها. شأنها في ذلك شأن غيرها من العقود الأخرى الملزمة للطرفين. ولعله من الضروري في هذا الخصوص الإشارة إلى أن جانباً كبيراً وهاماً من هذه الحقوق والالتزامات يختلف في مدها بحسب الشكل القانوني الذي يفرغ فيه الأطراف عقدهم. وما إذا كان المقعد قد اتخذ صورة عقد من عقود الامتياز أو المشاركة أو المقاولة أو عقد من عقود اقتسام الإنتاج. وذلك على النحو السابق بيانه عند دراسة الأشكال التعاقدية المختلفة التي تتخذها عقود البترول.

ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر. على سبيل المثال. الحق في ملكية البترول المنتج والتصرف فيه. ففي ظل عقود الامتياز كانت الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز هي صاحبة الحق وحدها في تملك البترول المنتج والتصرف فيه. فكان لها وحدها الحق في نقله وتكريبه وتصديره وبمعه. بينما في ظل عقود المشاركة. فإن ملكية البترول المنتج وحرية التصرف فيه كانت من حق الطرفين (الأجنبي والوطني) كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في المقعد. وفي ظل عقود المقاولة. فإن الشركة الوطنية الطرف في المقعد تعتبر هي المالك الوحيد للبترول المنتج. وبالتالي لها الحق في التصرف فيه. وفي ظل عقود اقتسام الإنتاج. فإن البترول منتج يخص من نسبة معينة لعدد كافة المصروفات التي أنفقتها الشركة الأجنبية. ثم يتم تقسيم الكمية المتبقية من البترول المنتج على الطرفين (الوطني والأجنبي) وذلك بالكيفية المنصوص عليها في المقعد.

ومن قبيل ذلك أيضاً التزام الشركة الأجنبية المتعاقدة بالتخلي عن مناطق غير المسعدة. في ظل عقود الامتياز كان التخلي عن المناطق غير المستغلة يتوقف على محض إرادة الشركة صاحبة الامتياز. بينما نصت الأشكال التعاقدية الجديدة. عقود المشاركة والمقاولة واقتسام الإنتاج. على



التزام الشركة المتعاقدة بالتخلي عن المناطق غير المستقلة وفق نسب معينة وفترات زمنية محددة.

بيد أنه، إلى جانب هذه الحقوق والالتزامات التي ينشأها العقد وتختلف من حيث مداها بحسب الشكل القانوني الذي يفرغ فيه العقد، فإن أن هذه العقود تتضمن النص على عدد من الحقوق يمكن القول بتوافرها في معظم عقود البترول أيا كان الشكل القانوني الذي تفرغ فيه.

ولما كنا قد عرضنا للنوع الأول من هذه الحقوق والالتزامات عند دراسة الأشكال التعاقدية المختلفة التي تتخذها عقود البترول، فإن الحديث - هنا - يقتصر على أهم الحقوق التي تنص عليها عقود البترول غالبا أيا كان الشكل التعاقدى الذي تتخذه. وفي ضوء ذلك نسعى هذا البحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** ونعرض فيه لأهم حقوق الشركة الأجنبية المتعاقدة.

**المطلب الثانى:** ونعرض فيه لأهم حقوق الدولة المتعاقدة.

## **المطلب الأول**

### **حقوق الشركة الأجنبية**

تنشأ عقود البترول عدة حقوق لسالحي الشركة الأجنبية المتعاقدة من أهمها: الحق فى استخدام الأجانب، التمتع بالاعفاءات الجمركية، الحق فى التنازل عن العقد وإنهائه. ونعرض فيما يلى لهذه الحقوق على نحو موجز.

**أولاً: الحق فى استخدام الأجانب:**

تخول معظم عقود البترول - عادة - الشركة الأجنبية الطرف فى العقد الحق فى استخدام أشخاص أجانب، خصوصا من الفنيين والإداريين. فى تنفيذ العمليات الموكولة إليها بموجب العقد. ومع ذلك، فإن هذا الحق لم يكن مطلقا، بل تكفلت برسم حدوده وبيان مداه الشروط التعاقدية ذاتها التى خيلت هذا الحق.

فلقد قيدت غالبية عقود البترول من حق الشركة الأجنبية فى

استخدام الأشخاص الأجنبية بشرط عدم توافر الأشخاص الوطنيين المؤهلين للقيام بشئ هذه الأعمال. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيت (والسماة أرامكو) في عام ١٩٢٢ من أن «يدير المشروع المنصوص عليه في هذه الاتفاقية ويراقبه أشخاص أمريكيون وهم يستخدمون على قدر الاستطاعة والإمكان رعايا الحكومة العربية السعودية. ومالمالما كان بإمكان الشركة إيجاد موظفين لائقين من رعايا الحكومة العربية السعودية فإنها لا تستخدم رعايا أي حكومات أخرى».

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (٢٩) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة العراق وشركة النفط التركية عام ١٩٢٥ من أن «ينبغي ما أمكن أن يكون مستخدموا الشركة في العراق من رعايا الحكومة، أما المديرون والمهندسون والكيماويون والحفاريون وملاحظوا المال واليكانيكيون وغيرهم من المال الفنيين والكتبة فيمكن استقدامهم من خارج العراق إذا لم يكن إيجاد الأشخاص الأكفاء من هذه الأنواع في العراق ...». بل لقد ذهب بعض العقود إلى أبعد من ذلك، حيث أوجبت في حالة عدم توافر الوطنيين المؤهلين للقيام بهذه الوظائف، إعطاء الأولوية لمواطني الدول الأخرى الصديقة. من ذلك ما نصت عليه المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة السعودية وشركة الباسفيك الأمريكية في عام ١٩٤٩ من أن «تستخدم الشركة في عملياتها ... عربا سعوديين أو غيرهم من العرب إلى أقصى حد ممكن. وفي هذا السبيل تعطى أفضلية التوظيف أولا للمواطنين العرب السعوديين ثم لرعايا الأمم العربية الأخرى الصديقة فيما يتعلق بالعمل الذي يكونون أملا له ...» (١).

كما ألزمت بعض عقود البترول الشركة المتعاقدة ألا يقل عدد

---

(١) راجع في هذا المقاد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب المرجع السابق، ص ٩٠ ولاحقها.

الموظفين الوطنيين عن نسبة معينة<sup>(١)</sup>. وفي حالة عدم توافر هذه النسبة من رعاياها، أوجبت على الشركة المتعاقدة إعطاء الأفضلية لمواطني الدول الأخرى الصديقة. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٩) من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة الفرنسية «أوكسيراب» عام ١٩٦٥ من أنه «على الشركة أن تستخدم موظفين سعوديين في إدارة عملياتها ... وينبغي مراعاة النسب التالية في جميع المستويات:

أ - لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين في داخل المملكة العربية السعودية عن ٧٥٪. ب - لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين خارج المملكة العربية السعودية ومنطقة الامتياز عن ٢٠٪ عندما يتوفر هذا العدد. وإذا لم يتيسر تنفيذ هذه الشروط لنقس في الموظفين والعمال السعوديين المدرجين، فيجب أن تستخدم الشركة موظفين وعمالا بالترتيب الآتي: مواطني الدول العربية الأعضاء في جامعة الدول العربية، ثم مواطنو الدول العربية الأخرى ثم مواطني الدول الأخرى الصديقة»<sup>(٢)</sup>.

وبالإضافة إلى ما تقدم، لقد أكدت غالبية عقود البترول علم ضرورة قيام الشركة المتعاقدة بوضع وتنفيذ برامج لتدريب الموظفين الوطنيين على مختلف عمليات صناعة البترول. من ذلك يمكن أن أذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ من أنه «على الشركة بعد استشارتها الحكومة أن تعد وتنفذ برنامجا خاصا لتدريب موظفيها السعوديين على جميع مراحل صناعة الزيت بما في ذلك التدريب على الإدارة والرقابة»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) من ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الإنجليزية المصرية لأبار الزيت في عام ١٩٢٧ لاستغلال بترول منطقة رأس غارب (البند ٣٦، البند ٢٧). ويعتبر هذا العقد أول عقد امتياز بترولي يلزم الشركة المتعاقدة بألا يقل عدد العمال والمستخدمين الوطنيين عن نسبة مئوية معينة. ومن الجدير بالملاحظة أن المرسوم اللاحق للتي أبرمتها مصر لم تتضمن مثل هذا النص.

(٢) ومن ذلك أيضا العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الليبانية عام ١٩٥٧ (د ٢٢).

(٣) ومن ذلك أيضا. العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة الفرنسية «أوكسيراب» عام ١٩٦٥ (د ٤٠).

بل لقد ذهب جانب كبير من هذه العقود - خصوصا العقود البرمة مع مصر - إلى أبعد من ذلك، فبعد أن نصت هذه العقود على قيام الشركة، بالتشاور مع الحكومة، بإعداد وتنفيذ برامج لتدريب الموظفين الوطنيين، نصت على أن تتعهد الشركة بأن يحل الموظفين الوطنيين محل الموظفين الأجانب<sup>(١)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أن دخول المستخدمين الأجانب وإقامتهم في الدولة المتعاقدة يخضع لقوانين هذه الدولة<sup>(٢)</sup>. وهو ما حرصت غالبية عقود البترول على الإشارة إليه. من ذلك على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (١٧) من العقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول، وشركة أموكو للزيت في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «١- يمنح الأجانب من الإداريين والمهنيين والفنيين ... حق الإقامة المنصوص عليه في القانون ... ويوافق المفاوض على أن تطبق كافة اللوائح الخاصة بالهجرة وجوازات السفر والتأشيرات والتوظيف، على جميع مستخدمي المفاوض الأجانب الذين يصلون في ج.م.ع.»<sup>(٣)</sup>.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن علاقة العمل التي تربط العمال والموظفين بالشركة تخضع لقانون الدولة المتعاقدة وذلك باعتباره قانون

---

(١) من ذلك: العقد البرم بين مصر والوئسة ... وشركة فيليبس عام ١٩٦٢ (م ٢٦)، والعقود البرمة بين مصر والوئسة ... وبيان لمريكلان على ١٩٦٢، ١٩٦٦ (م ٢٩).

(٢) للمزيد من التفاصيل حول التواعد المنظمة لدخول الأجانب وإقامتهم واستغلالهم في الدول المضيفة في مجال الاستثمار، راجع: د. عصام الدين بسي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخامة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ١٨ وما بعدها.

(٣) راجع هنا العقد منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ (تابع) في ٢٠ يونيو عام ١٩٨٨. وراجع أيضا: العقد البرم بين مصر والهيئة ... وشركة ايوك كوايك في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧. (انظر: الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ (تابع) ٨ أكتوبر عام ١٩٨٨)، والعقد البرم بين مصر والهيئة ... وشركة شل وينتج الهولندية في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تابع) ١٢ مايو عام ١٩٨٨).

الدولة التي يجرى على إقليمها تنفيذ العمل<sup>(١)</sup>. وهو ما حرصت غالبية المقود على الإشارة إليه<sup>(٢)</sup>.

### ثانيا: الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية:

خولت معظم عقود البترول الشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في أن تستورد من الخارج جميع الآلات والمعدات وغيرها من الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ العمليات الموكولة إليها. مع الإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية. كما أجازت لها إعادة تصدير الأشياء التي قامت باستيرادها - وكذلك تصدير كميات البترول المنتجة ومشتقاته المستحقة لها - مع الإعفاء من أية ضرائب أو رسوم تصدير أيما كان نوعها. كما أجازت لها أيضا بيع الأشياء المستوردة داخل الدولة المتعاقدة. مع وجوب سداد جميع الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة عليها. وذلك ما لم يكن قد تم بيع هذه الأشياء إلى شركة أخرى تتمتع بهذا الإعفاء. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٤) من العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة الفرنسية «أوكيراب» من أنه «يجوز لصاحب الامتياز في كل الأوقات وأثناء قيام هذه الاتفاقية أن يستورد - بدون رسوم جمركية وقنصلية وغيرها من ضرائب الاستيراد والبيعات أو الإنتاج أو الاستعمال. أو أية ضريبة غير مباشرة ... جميع السلع التي قد يحتاج إليها صاحب الامتياز في إدارة

---

(١) ويتفق ذلك مع الاتجاه السائد في مجال القانون الدولي الخاص. حيث اتجه الفقه الحديث إلى إضناخ علاقات السل لقانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل. ويرجع ذلك إلى أن مشرع الدول يعرضون على تنظيم عقود السل بقواعد أمرة تهدف إلى حماية السل كالتواعد الخاصة بتحديد الأجور. وعدد ساعات العمل ... الخ. وتعد هذه القواعد من القواعد ذات التطبيق المباشر التي تطبق بصفة تلقائية. انظر: د. هشام علي صادق، تنوع القوانين، دولة مقارنة في البدايه العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. منشأة المطبوع بالإسكندرية، ١٩٩٢. ص ٩٩١ ومبعضها.

(٢) على سبيل المثال راجع: عقد السعودية وشركة لوكو عام ١٩٢٥ (م ٢٢)، عقد السعودية مع الشركة الليبية عام ١٩٥٧ (م ٢٢)، عقد السعودية مع الشركة الفرنسية لوكيراب عام ١٩٦٥ (م ٢٩). عقد لاستغلال منطقة سدر للبترول بين الحكومة المصرية وشركة الانجلو ابيشيان لويل عام ١٩٤٨ (البند ٢٦) وعقد مصر مع شركة كونوبلغا عام ١٩٥٤ (البند ١٤).

عملياته ... وفى تنفيذ التزاماته التى فرضتها الاتفاقية المذكورة. وتمنى كلمة «السلع» كما هى واردة هنا. المنتجات والآلات والمعدات وقطع التيار والمؤن من أى نوع كانت والمواد الخام ... وإذا حدث بعد ذلك أن باع صاحب الامتياز السلع المعفاة إلى مشتر لا يستحق هذا الإعفاء. وجب دفع الرسوم المستحقة ... ويجوز تصدير البترول وأى مستخرج آخر من مستخرجاته ... وأية بلع مستوردة بدون دفع رسوم عليها بمقتضى هذه المادة، دون دفع رسوم أو ضرائب ... أو أية مكوس ماثلة ودون رخصة تصدير أو قيد من أى نوع كان» (١).

بل لقد ذهب بعض هذه العقود إلى أبعد من ذلك، حيث نصت على أن يصرى الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية على المقاولين والمقاولين من الباطن الذين تستخدمهم الشركات المتعاقدة فى تنفيذ العمليات الموكولة إليها. من ذلك، على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢١) من العقد البرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٢ من أنه «يسمح للمؤسسة ولبان أمريكان ولغابكو وللمقاولين والمقاولين من الباطن الذين يقومون بتنفيذ العمليات موضوع هذه الاتفاقية بالاستيراد من الخارج، ويعفون من الرسوم الجمركية الخاصة بالاستيراد ...» (٢).

ولكن، إذا كانت عقود البترول غالبا ما تخول الشركات المتعاقدة

---

(١) وكثشة وراجع أيضا: عقد السودية مع الشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٨)، والعقد التى أبرمتها العراق مع شركة نفط العراق عام ١٩٦٥ (م ٢٨)، وشركة نفط البوسنة عام ١٩٦٢ (م ٢٨)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٦٨ (م ٢٠). والعقد التى أبرمتها مصر مع شركتى بان أمريكان وفيليس على ١٩٦٢، ١٩٦٤. كما جرت عقود اقتسام الإنتاج التى تبرعها مصر مع الشركات الأجنبية على تضمها نسا فى هذا المعنى.

(٢) وكثشة وراجع أيضا: العقد البرم بين مصر وشركة كونورفا عام ١٩٥٤ (البن ٥٠)، والعقد البرم بين مصر والمؤسسة ... وشركة فيليبس عام ١٩٦٢ (م ١/٢٤)، والعقد البرم بين مصر والمؤسسة ... وبان أمريكان عام ١٩٦٤ (م ١/٢١). وكذلك: العقد البرم بين السودية والشركة الفرنسية لوكسرب عام ١٩٦٥ (م ٢٤).

الحق في الاستيراد والتصدير مع التمتع بالإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية. بيد أن هنا الحق ليس حقا مطلقا، بل ترد عليه بعض القيود نصت عليها الشروط التعاقدية ذاتها التي نصت على التمتع بالإعفاء.

فلقد قيدت غالبية عقود البترول من حق الشركات التعاقدية في التمتع بالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية وذلك بنصها على عدم سريان هذا الإعفاء على الأشياء المستوردة إذا كانت هذه الأشياء تصنع محليا وتتأثر مع الأشياء المستوردة في الصنف والجودة ويمكن الحصول عليها بسهولة وبأسعار مناسبة. ويمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (١٧) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو الأمريكية للزيت في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «هـ - لا يسري الإعفاء المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة على أية أشياء مستوردة إذا كانت لها من وجهة نظر الهيئة نظائر مشابهة أو مشابهة إلى حد كبير صنفا وجودة ما ينتج محليا ويكون شراؤها واستلامها في الوقت المناسب ميسورا في ج.م.ع. بسعر لا يزيد بأكثر من عشرة في المائة (١٠٪) من تكلفة الشيء المستورد قبل إضافة الرسوم الجمركية ولكن بعد إضافة تكاليف النقل والتأمين»<sup>(١)</sup>.

بل لقد قطعت هذه العقود شوطا أبعد من ذلك عندما أوجبت على الشركات التعاقدية إعطاء الأفضلية للأشياء المصنوعة محليا متى كانت متاثلة مع الأشياء المستوردة في الصنف والجودة ويمكن الحصول عليها بسهولة وبسعر مناسب. من ذلك، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٥) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أبوك كوانك البنية في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «يجب على المفاوض أو الشركة القائمة بالعمليات، حسب الأحوال، ومقاوليه

---

(١) انظر في هذا المقعد: الجريدة الرسمية - العدد ٢٦ (تابع) في ٣٠ يونيو ١٩٨٨ وكفيلة راجع أيضا: العقود التي أبرتها مصر مع شركتي بان أمريكا وفيليس على ١٩٦٢، ١٩٦٩. والعقد المبرم بين الحادية والشركة الفرنسية لوكيراب عام ١٩٦٥. ومن الجدير بالإشارة أن كل عقود اقتسام الإنتاج التي تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية تتضمن نصوصا مماثلا.

مراعاة ما يلي: ب- إعطاء أفضلية للمواد المصنوعة محليا وكذا المعدات والآلات والسلع الاستهلاكية طالما أنها متباعدة من ناحية الجودة ومواعيد التسليم مع المواد والمعدات والآلات والسلع الاستهلاكية المتوافرة دوليا....»<sup>(١)</sup>.

وأخيرا وليس آخرا، تحرص عقود البترول غالبا<sup>(٢)</sup> على النص على عدم تمتع الموظفين التابعين للشركات المتعاقدة، والشركات القائمة بالأعمال والمقاولين والمقاولين من الباطن، بشل هذه الإعفاءات على ما يتوردونه من أجل استمالتهم الشخصي إلا في حدود ما تنص عليه القوانين واللوائح النافذة في الدول المنتجة. وهكذا، وعلى سبيل المثال، نصت المادة (١٢) من العقد البرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس بتروليم الليبرية في ٢ أغسطس عام ١٩٨٧ على أنه: «ج - لا يتمتع الموظفون التابعون للمقاول والشركة القائمة بالعمليات والمقاولون، والمقاولون من الباطن بأية إعفاءات من الضرائب الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الملحقة بها إلا في حدود ما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها في ج.م.ع.»<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر في هذا الصدد: الجريدة الرسمية - العدد ٤٠ (تابع) ٨ أكتوبر عام ١٩٨٨. وكلمة راجع أيضا: العقد البرم بين شركة النفط الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب عام ١٩٦٨ (م ١/٢١)، والعقد البرم بين السعودية والشركة الفرنسية لوكسبراب عام ١٩٦٥ (م ٥٦). وكذلك العقود التي أبرمتها مصر مع شركتي بان أمريكا وفيليبس على ١٩٦٢، ١٩٦٤. ومن الجدير بالإشارة أن عقود اقتسم الإنتاج التي تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية تتضمن نصوصا مماثلا.

(٢) بلشاء عقود المشاركة، وعقود اقتسم الإنتاج التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية في الستينيات والسبعينيات وحتى أوائل الثمانينيات. فقد أجازت هذه العقود للأجانب من موظفي الشركات المتعاقدة والشركات القائمة بالعمليات والمقاولين والمقاولين من الباطن أن يستوردوا مع إعفائهم من جميع الضرائب والرسوم الجمركية كل ما يحتاجونه من أشياء للاستعمال الشخصي ولأشخاصهم. من ذلك على سبيل المثال العقد البرم بين مصر والوئسة المصرية ... وبين أمريكا عام ١٩٦٢، والعقد البرم بين مصر والوئسة المصرية وشركة فيليبس عام ١٩٦٢.

(٣) وكلمة راجع أيضا: العقود التي أبرمتها حكومة السعودية مع شركة أرامكو عام ١٩٣٢ (م ٢١)، ومع شركة الباسفيك عام ١٩٤٩ (م ١٩)، وشركة لوكسبراب الفرنسية عام ١٩٦٥ (م ٢٤). وكذلك العقود التي أبرمتها حكومة العراق مع شركة نفط العراق =



ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أن حق الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية الذي نصت عليه معظم عقود البترول لصالح الشركات الأجنبية يندرج في إطار السياسة العامة التي تنتهجها العديد من الدول، وخصوصا الدول الآخذة في النمو، من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الوفود إليها<sup>(١)</sup>.

### ثالثا: الحق في التنازل عن العقد وانتهائه:

تضمن عقود البترول، في الغالب الأعم، نصا يعجز للشركة الأجنبية الطرف في العقد - من حيث المبدأ - أن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يثور هو هل حق الشركات الأجنبية المتعاقدة في التنازل عن العقد قد جاء مطلقا من أية قيود أو شروط؟ أم أن هناك قيودا أو شروطا يجب توافرها لاستعمال الشركات المتعاقدة لهذا الحق؟ لقد أجابت على هذا التساؤل الاشتراطات العقدية ذاتها التي نصت على هذا الحق. ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين طائفتين من العقود: الطائفة الأولى، وهي طائفة العقود التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية، وقد أجازت للشركات المتعاقدة بأن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة، وبعد توافر شروط معينة نصت عليها هذه العقود ذاتها. وعلى الرغم من أن هذه الشروط قد تختلف من عقد لآخر، بيد أن هناك شروطا مشتركة ورد النص عليها في معظم العقود، من أهمها: ١- أن تكون الشركة المتعاقدة قد

---

- علم ١٩٦٥ (م ٦٨)، وشركة نفط الوصل عام ١٩٦٢ (م ٦٨)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٦٨ (م ٦٠)، ومما تجدر الإشارة إليه أن عقود اقتسام الإنتاج التي أبرمتها مصر منذ عام ١٩٨٧ قد جرت على تنميتها نصا مماثلا.

(١) تقرر في تأثير السياسة الضريبية على الاستثمارات الأجنبية، د. عصام الدين مصطفى، بسم، المرجع السابق، ص ١١٤، خصوصا ص ١٢٦ ولاحقها.

أوفت بكافة التزاماتها الناشئة عن العقد على أحسن وجه حتى تاريخ طلب التنازل. ٢- أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل المعقول للحكومة على قدرتها المالية. ٣- أن تشمل وثيقة التنازل على نصوص تقرر صراحة وعلى وجه الدقة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل<sup>(١)</sup>.

أما الطائفة الثانية من العقود فقد فرقت بين حالتين: الحالة التي تتنازل فيها الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى مستقلة عنها، وحالة تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة تابعة لها. واشترطت هذه الطائفة من العقود في الحالة الأولى أن تحصل الشركة المتعاقدة على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة مسبقاً، بينما أجازت في الحالة الثانية للشركة المتعاقدة هذا التنازل بدون حاجة للحصول على الموافقة المسبقة من قبل حكومة الدولة المتعاقدة. من ذلك على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٧٠) من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أوكسيراب الفرنسية عام ١٩٦٥ من أن «لا يجوز لصاحب الامتياز، بدون موافقة مكتوبة من الحكومة، أن يحول حقوقه والتزاماته المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو أي منها إلى أي شخص آخر أو شركة أخرى ... ومع ذلك يسمح لأوكسيراب بأن تحول بعد إخطار الحكومة بخطاب مسجل بعض أو كل

(١) راجع على سبيل المثال: عقد استغلال بترول راس غارب عام ١٩٦٨ (البند ٢٦)، عقد استغلال بترول منطقة سدو عام ١٩٦٨، د. محمد ليب شقير، د. صاحب نهب، المرجع السابق، ص ٤١٢، ص ٤٢٤، وكذلك العقود التي أبرتها مصر مع شركتي بان أمريكان وفيليس على ١٩٦٧، ١٩٦٤ (م ٢٦، م ٤٤)، د. محمد ليب شقير، د. صاحب نهب، المرجع السابق، ص ٨٨، وملبدها، وكذلك كل عقود اقتسام الإنتاج التي تبرها مصر مع الشركات الأجنبية من ذلك: العقد المبرم مع شركة شل وينشج الهولندية في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٠)، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تابع) في ١٢ مايو سنة ١٩٨٨، والعقد المبرم مع شركة أزيك كولك النية في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٠)، الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ (تابع) في ٨ أكتوبر سنة ١٩٨٨.

حقوقها والتزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية إلى الريجي أوتونوم دية بترول أو إلى أى من الشركات التابعة لها ...» (١).

ونحن من جانبنا نفضل المسلك الذى اتبعته الطائفة الأولى من العقود، والتي علقت تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى، سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها، على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة المسبقة، وذلك لأن شخصية الشركة المتعاقدة تكون محل اعتبار هام، عند إبرام هذه العقود، من قبل الدولة المتعاقدة معها. كما أحسنت هذه العقود صنعا عندما تطلبت لاتمام هذا التنازل أن يكون المتنازل قد أوفى بكافة التزاماته الناشئة عن العقد، وأن تتوافر فى الشركة المتنازل لها الكفاءة المالية والفنية حتى يمكنها تنفيذ هذه الالتزامات على أحسن وجه، وأن تتضمن وثيقة التنازل لنس صراحة على التزام الشركة المتنازل إليها بكافة الأحكام والشروط الواردة فى العقد لأن من شأن ذلك منع حدوث أى خلاف فى المستقبل حول مدى التزامها بها.

كما تجيز عقود البترول، عادة، للشركات الأجنبية بأن تضع نهاية للعقد قبل حلول الأجل المتفق عليه وذلك بنسها على أن من حق الشركة المتعاقدة بأن تنهى أو تتنازل أو تتخلى عن حقوقها والتزاماتها الناجمة عن العقد فى أى وقت شاءت شريطة إخطار حكومة الدولة المتعاقدة، أو الشركة الوطنية، حسب الأحوال، فى خلال مدة معينة برغبتها فى ذلك. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٤٦) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس للبترول عام ١٩٦٢ من أنه «١- يجوز للمؤسسة وفيليبس أو لأى منهما أن تتخلى، فى أى وقت، عن حقوقها ومصالحها ... بشرط أن تخطر الحكومة كتابة بذلك قبل التخلي بـ٢٠ سنة واحدة على الأقل» (٢).

(١) ومن قبيل ذلك أيضا: العقد المبرم بين السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م ٢٢)، وعقد السعودية مع شركة البينيك عام ١٩٤٩ (م ١٥)، وعقد السعودية مع الشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢١)، والعقد الذى أبرمته العراق مع شركة نفط البوعل عام ١٩٦٢ (م ٢٥)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٦٨ (م ٢٧).

(٢) راجع فى هذا المقـد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب نعب، المرجع السابق، ص ٨١١ ومايلها، وكثـلـة لهـذه العـقـود: العـقـد المبرم بين مصر والمؤسسة المصرية -

بيد أنه إذا كانت معظم عقود الامتياز لم تقيد من حق الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز في وضع نهاية للعقد قبل حلول أجله إلا بشرط إخطار حكومة الدولة المتعاقدة، فإن غالبية الأشكال التعاقدية الجديدة قد أوجبت على الشركة المتعاقدة، إلى جانب شرط الإخطار السابق ذكره، أن توفى بالتزاماتها المالية حتى التاريخ الذي تتخلى فيه الشركة عن حقوقها والتزاماتها المتبقية. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٧/١٤) من العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية للنفط والشركة الفرنسية «إيراب» عام ١٩٦٨ من أنه «عند إنتهاء أى من المرحلتين الأولى أو الثانية، إذا رأت إيراب أن أحوال باطن الأرض في المنطقة المخصصة تستدع إمكانية وجود فرصة معقولة لاكتشاف النفط بكميات تجارية، فإن لإيراب الحق في إيقاف عمليات التنقيب والتنازل عن جميع الحقوق وإعفاؤها من جميع الالتزامات الناجمة عن هذا العقد، وذلك بشرط إعلام شركة النفط الوطنية العراقية بهذا القرار قبل شهرين من تاريخ المرحلة ذات العلاقة وعلى أن يكون الحد الأدنى للمصروفات ملتزم بها لتلك المرحلة قد تم إنفاقه كلياً وفي حالة كون هذا الحد الأدنى لم يسرف بأكمله فإن على إيراب أن تدفع إلى شركة النفط الوطنية العراقية المقدار الكلى للمبالغ غير المعروفة، ويعتبر العقد منتهياً»<sup>(١)</sup>.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة أهم الحقوق التي تتمتع بها الشركة المتعاقدة، ونعرض حالياً لأهم الحقوق التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة.

---

= العامة للبترول وبن أمريكان عام ١٩٦٢، والعقد المبرم بين نفس الأطراف عام ١٩٦٤ (المادة ٢٩). راجع: نفس المرجع المذكور، ص ٦٨٨ ومليدها، ص ١٠٢٦ ومليدها، وكذلك أيضاً: العقد المبرم بين السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٤٥)، والعقد المبرم بين السعودية وشركة لوكسبراب الفرنسية عام ١٩٦٥ (م ٥٧)، راجع: نفس المرجع المذكور، ص ١٨٢ ومليدها، ص ١٢١٩ ومليدها.

(١) راجع في هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٩٦٢ ومليدها، ومن العقود التي نصت على هذا الشرط: بالإضافة إلى العقود المذكورة في التاليف السابق مباشرة، كل عقود انقسام الانتاج التي أبرمتها مصر مع اشركات الأجنبية في السبعينيات والثمانينيات تقريبا

## المطلب الثانى

### حقوق الدولة المتعاقدة

تنشئ عقود البترول لصالح الدولة المتعاقدة عدة حقوق من أهمها:  
الحق فى الاستيلاء على الإنتاج وحقوق البترول، والحق فى الإشراف  
والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة، والحق فى إلغاء العقد، ونعرض فيما  
يلى لهذه الحقوق على نحو موجز.

#### أولاً: الحق فى الاستيلاء على الإنتاج وحقوق البترول:

درجت عقود البترول - خصوصاً فى مصر - على النمى على أنه  
فى حالة الطوارئ الوطنية بسبب الحرب أو بسبب توقع قيام حرب  
وشبكة الوقوع أو لأسباب داخلية، فإنه يجوز للحكومة أن تستولى على كل  
أو جزء من الإنتاج الذى يتم الحصول عليه من المنطقة التى يشملها العقد،  
وأن تطلب من الشركة المتعاقدة أو الشركة القائمة بالعمليات، حسب الأحوال،  
زيادة هذا الإنتاج، كما يجوز للحكومة أيضاً أن تستولى على حقل الزيت  
ذاته، كل ذلك مع تقرير حق الشركة فى الحصول على التمييز العادل<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: الحق فى الإشراف والرقابة:

تضمن عقود البترول نصوماً تعطى للدولة المتعاقدة الحق فى  
ممارسة نوع من الرقابة والإشراف على عمليات الشركة المتعاقدة وأنشطتها،  
وذلك حتى تتأكد الدولة من قيام الشركة بأداء التزاماتها وفقاً لما هو متفق  
عليه فى العقد. وقد نصت هذه العقود على عدة وسائل من أجل قيام الدولة  
بهمة الإشراف والرقابة.

(١) انظر على سبيل المثال: العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة  
للپترول وشركة كونوكو وست فيران أنك، وشركة توتال برونش أوريون فى ٢٦  
فبراير سنة ١٩٨٢ (م ١٩) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ٨ - تابع (أ)  
فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٨٢، والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة  
المصرية العامة للپترول وشركة نيفادا الأمريكية فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٢ (م ١٩)،  
منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ١٢ (مكرر) فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٢،  
والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للپترول وشركة شل  
وينتج وشركة شل قادون فى ٨ أبريل سنة ١٩٨٩ (م ٢٧) منشور فى الجريدة  
الرسمية - العدد ١٢ مكرر (أ) فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٩.

فقد تضمنت معظم عقود البترول نصوصا تعطى لممثلي الحكومة المفوضين تفويضا قانونيا الحق فى الدخول إلى المنطقة موضوع العقد وإلى مواقع العمليات التى تجرى فيها. وتجيز لهؤلاء الممثلين فحص دفاتر وسجلات وبيانات الشركة المتعاقدة، وكذلك الشركة القائمة بالعمليات فى بعض الأحيان، وإجراء عدد مقبول من عمليات المسح والرسومات والاختبارات بفرض تنفيذ العقد. ولهذه الأغراض، يحق لهم أن يستعملوا آلات وأدوات الشركة بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال أى خطر أو تعويق للعمليات موضوع العقد.

كما ألزمت الشركة بأن تقدم لهؤلاء الممثلين كافة المزايا والتسهيلات التى تقدمها لموظفيها فى الحقل وتقدم لهم مجانا مكانا مناسباً فى مكاتبتها لاستعمالهم مساكن مؤقتة بشكل لائق أثناء تواجدهم فى الحقل بفرض تيسير مهمتهم. هذا مع التزام الحكومة أو مشلوها بعدم إفشاء أية معلومات يحصلون عليها<sup>(١)</sup>.

كما تضمنت غالبية هذه العقود نصوصا تلزم الشركة بمسك دفاتر حاسبية وفقا للأوضاع المحاسبية المقبولة والعمول بها فى صناعة البترول بسقة عامة، وكذلك الدفاتر والسجلات اللازمة لبيان ما ينفذ من أعمال بمقتضى العقد، بما فى ذلك كمية وقيمة كل البترول المنتج، على أن تكون

---

(١) انظر على سبيل المثال العقود المشار إليها فى الهامش السابق، وانظر أيضا: العقد البرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل ويننج. لى. فى. فى عام ١٩٨٤ (م ١٦) منشور فى الجريدة الرسمية العدد ١٢ مكرر (هـ) فى ٢١ مارس سنة ١٩٨٤، والعقد البرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أسو البنية فى ٢٧ أغسطس عام ١٩٨٤ (م ١٤) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ٢١ (تابع) فى ٢ أغسطس سنة ١٩٨٤.

هذه الدفاتر والجلدات معدة في جميع الأوقات المتناسبة لفحصها بمعونة المندوبين المفوضين من قبل الحكومة<sup>(١)</sup>.

كما تضمنت بعض عقود البترول نصوما تتعلق بالرقابة على كميات البترول المنتج ومشتقاته. وقد أوجبت هذه النصوص على الشركة المتعاقدة أن تزن وتيس وتكيل بالطريقة التي توافق عليها الحكومة من وقت لآخر كل المواد والمنتجات والمستخرجات التي يشملها العقد. وأعطت الحق لمفتشى الحكومة أو مندوبيها المعيّنين رسيا بفحص المقاس والوزن والكيل. وفحص المقاييس والوازين والمكاييل المستعملة في ذلك واختبارها<sup>(٢)</sup>.

هنا وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن جانباً من الفقه<sup>(٣)</sup> قد استند على هذه الشروط التعاقدية التي منحت الدولة المتعاقدة هذا الحق للقول بإضفاء الطابع الإداري على عقود البترول على نحو ما سنرى فيما بعد.

### ثالثاً: حق الدولة المتعاقدة في إلغاء العقد أو إنهائه:

رأينا فيما سبق أن كافة عقود البترول - على اختلاف صورها - قد أعطت للشركة الأجنبية الطرف في العقد الحق في أن تضع نهاية للعقد قبل حلول الميعاد المضروب له، وذلك بمنسها على أن من حق الشركة أن تنهى أو تتنازل أو تتخلى عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وذلك

(١) انظر، على سبيل المثال: العقود المشار إليها في الهامش السابق، ونظر أيضاً: العقد البرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة العامة للبترول وشركة كونوكو، بلاسيد، وميبتايل، في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٨١ (الفايتين ١٢، ١٤) منشور في الجريدة الرسمية - العدد ٢١ تلغ (ب) في ٢ أغسطس سنة ١٩٨١؛ والعقد البرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة العامة للبترول وشركة فيليبس بتروليم الليبيرية في ٢ أغسطس سنة ١٩٨٧ (الفايتين ١٢، ١٤) منشور في الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ مكرر (د) في ٦ يوليو سنة ١٩٨٧.

(٢) من ذلك راجع على سبيل المثال: العقود البرمة بين الوحدة وشركة البسفيك عام ١٩٤٩ (م ١٤)، والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢٠)، وشركة أوكيراب عام ١٩٦٥ (م ٥٢)، والعقد البرمة بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٦٥ (م ١١) وشركة نفط الموصل عام ١٩٦٢ (م ١٢) وشركة نفط البصرة عام ١٩٦٨ (م ١٥).

(٣) انظر فيما بعد من ٦٠٠ ومابعدها.

بشرط إخطار الحكومة للدولة المتعاقدة خلال فترة زمنية معينة، والوفاء بكافة المستحقات المالية التي تلتزم بها إلى حين تاريخ هذا التنازل أو التخلي.

في المقابل، لم تتضمن عقود البترول أى نص يمنح الدولة المتعاقدة الحق فى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وفى أى وقت شاءت على نحو ما فعلت بالنسبة للشركات الأجنبية الطرف فى العقد.

ولكن هل معنى ذلك أن عقود البترول لم تتضمن نصا يجيز للدولة المتعاقدة إنهاء العقد فى الحالات التي تخل فيها الشركة المتعاقدة بالتزاماتها المفروضة عليها بموجب العقد؟

لقد أجابت العقود ذاتها على هذا التساؤل، ويمكننا أن نميز بين ثلاث طوائف من هذه العقود، الطائفة الأولى لم تعط للدولة الحق فى إنهاء العقد حتى فى حالة مخالفة الشركة المتعاقدة لالتزاماتها، واكتفت بالنس على أن يكون التعويض هو الجزاء الذى يجب على الشركة أن تدفعه لحكومة الدولة المتعاقدة إذا ما أخلت بأى التزام يفرضه عليها العقد. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٥١) من العقد المبرم بين السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ من أنه «يكون التعويض هو الجزاء الذى تدفعه الشركة للحكومة إذا ما أخلت بأى التزام تفرضه هذه الاتفاقية» (١).

أما الطائفة الثانية من العقود فقد أجازت للدولة المتعاقدة إنهاء العقد فى حالات محددة على سبيل الحصر. من أهمها حالة إخلال الشركة لالتزاماتها المتعلقة بأعمال البحث والتنقيب، أو إخلالها بالتزامات المتعلقة بالمستحقات المالية الواجب أدائها للحكومة، أو إذا تنازلت عن حقوقها

---

(١) انظر فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ١٨٢ ولمبعضها. وفى نفس الاتجاه راجع: العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أوكسيراب الفرنسية علم ١٩٦٥ (م ٦٥). انظر المرجع المذكور، ص ١٢١٩ ولمبعضها.



والالتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه في العقد. وفيما عدا هذه الحالات، فإن إخلال الشركة بأى من التزاماتها يكون جزاؤه التمييز<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للطائفة الثالثة من العقود - وهي طائفة العقود التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية - فقد نصت على حق الدولة. من حيث المبدأ، فى إنهاء العقد فى حالة مخالفة الشركة المتعاقدة لأحكام العقد وبصفة خاصة إذا قدمت الشركة عن علم إلى الحكومة أية بيانات غير صحيحة وكان لهذه البيانات اعتبار جوهري فى إبرام العقد، أو إذا تنازلت عن أى من حقوقها ومصالحها الناشئة عن العقد على وجه مخالف لما تم الاتفاق عليه، أو إذا صدر حكم بشهر إفلاسها من المحكمة المختصة، أو إذا امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي صادر عن محاكم الدولة، أو إذا استخرجت عدا دون ترخيص من الحكومة أى معادن خلاف البترول وذلك باستثناء ما لا يمكن تجنب استخراجها نتيجة العمليات التي تقوم بها وفقا للعقد<sup>(٢)</sup>.

(١) من ذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) من العقد البرم بين العراق وشركة نفط البومل عام ١٩٢٢ من أنه «يترتب على كل خرق فى أحكام هذا الاتفاق عقوبة غرامة تسمى بالاتفاق أو وفقا للمادة ٢٩ من هذا الاتفاق، ويستثنى من ذلك ما يناقش هذه المادة من أحكام المواد ١، ٤، ١٥، ٢٥ من هذا الاتفاق». ويطبق للمادة (١) من هذا العقد، والثلاث تعلقان بعمليات البحث والتنقيب، يصبح العقد لاغيا وباطلا فى حالة عدم امتثال الشركة بالتزام بأعمال البحث والتنقيب فى المواعيد المنصوص عليها فى هاتين المادتين. ويطبق للمادة (١٥) يحق للحكومة أن تلغى العقد إذا تأخرت الشركة عن دفع المستحقات المالية الواجب أدؤها للحكومة وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد. ويطبق للمادة (٢٥) يحق للحكومة إلغاء العقد إذا تنازلت الشركة عن حقوقها إلى شخص أو شركة على نحو مخالف لما هو منصوص عليه فى العقد. وفى نفس المبنى أيضا العقد البرم بين العراق وشركة نفط البصرة عام ١٩٢٨ (م ٢٨). راجع فى هذين العقدين، د. محمد لبيب شتير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٢٧٢ ومابعدا، ص ٢٠٦ ومابعدا.

(٢) راجع على سبيل المثال: عقد استغلال منقطة رأس غارب بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية المصرية لأبار الزيت عام ١٩٢٨ (البند ٢٢)، عقد استغلال منقطة سدر بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إيجيپيان أوليل عام ١٩١١ (المادة ٢٢). د. محمد لبيب شتير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٤١٢ ومابعدا، ص ٤٢٤ ومابعدا. وراجع أيضا العقود المبرمة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية للبتترول وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٢ (م ٢٧)، وشركة فيليبس عام ١٩٦٢ (م ٤٥)، وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٤ (م ٢٧). الصريح :-  
ص ٦٨٨ ومابعدا، ص ٨١١ ومابعدا، ص ١٠٢٦ ومابعدا. ولقد سارت :

التنقيب عقود التماس الإنتاج.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا المسلك الذي اتبعته هذه الطائفة الأخيرة من العقود. حيث يبدو لنا أنه إذا كان من غير المنطقي منح الدولة الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وفي أى وقت تشاء، فإنه من غير المعقول أيضا أن ندع الشركة تتلاعب في القيام بواجباتها والتزاماتها التي يفرضها عليها العقد، دون أن نعطي للدولة المتعاقدة الحق في الفاء العقد أو إنهائه. إن تقرير حق الدولة في إنهاء العقد في حالة تقصير الشركة المتعاقدة في أداء التزاماتها أو مخالفتها لأحكام العقد يحقق نوعا من التوازن في الحقوق والالتزامات بين الدولة والشركة المتعاقدة، خصوصا وأن هذه الأخيرة لها الحق في إنهاء العقد في أى وقت شاءت على نحو ما رأينا من قبل.

## المبحث الثاني

### أهم الشروط التعاقدية التي تتضمنها عقود البترول "شروط الثبات، وشروط عدم المساس"

تشتمل عقود البترول على العديد من الشروط، وتتنوع هذه الشروط بتنوع المسائل التي تتناولها. فمن هذه الشروط ما يعنى بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة. ومنها ما يعنى بكيفية تسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف بمناسبة العقد المبرم بينهم، ويأتى شرط التحكيم على رأس هذه الشروط وأهمها. ومن هذه الشروط ما يعنى بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأخيرا، فإن من هذه الشروط ما يعنى بتوفير بعض الضمانات لصالح الشركة الأجنبية الخاصة الطرف في العقد، ويسمى هذا النوع الأخير من الشروط بشروط الثبات التشريعى وشروط عدم المساس بالعقد.

ولما كنا قد عرضنا فيما سبق للشروط التعاقدية المتعلقة بحقوق والتزامات الأطراف وذلك عند التعرض لأهم الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقود البترول، ولما كان التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البترول هو محل اهتمام هذه الدراسة، وبما أننا سوف نعرض

للشروط التعاقدية المتمثلة بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق عند دراسة مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(١)</sup>، فإننا سنكتفي في هذا المقام بالتعرف على النوع الأخير من الشروط والمساواة بشروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد.

### شروط إثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد<sup>(٢)</sup>:

(١) راجع لاحقاً، ص ٧٦٠ ومبهمها.

(٢) حول هذه الشروط انظر بصفة خاصة،

Weil (P.): Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 299 etSS ; David (N.), les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien, clunet, 1986, P. 79; Walde (T.), Stabilité du contrat, Règlement des litiges et Renégociation mécanismes en faveur d'une communauté d'intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressources minérales, Rev. Arb., 1981, P. 203; Mayer (P.), La neutralisation du pouvoir normatif de l'État Clunet, 1986, P. 5, Spéc. P. 34 etSS; N° 40 etSS; KHAN (Ph.), Contrats d'État et Nationalisation, Les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982, Clunet 1982, P. 844, Spéc. P.848 etSS; Jaquet (J.M.), L'État, opérateur du commerce international, clunet, 1989, P. 621, Spéc. P. 649 etss. No. 41 etss.; Riad (F.), Les contrats de développement et arbitrage international, Rev. Eg., Vol 42, 1986, P. 253, Spéc. P. 260 etss.; Ibrahim (Y.A.), Contrats internationaux d'État et responsabilité contractuelle au regard du droit international Public, Thèse, Nice, 1985, P. 157 etss.; Leboulanger (P.H.), Op. Cit., P. 91 etSS; Berlin (D.), Op. Cit., P. 187 etSS.

وفي الفقه العربي انظر: د. هشام سلق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١١٦ ومبهمها، بند ٩٥ ومبهمها؛ د. أحمد عجلالكرم سلامة، نظرية العقد الدولي السليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقالية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٩٠ ومبهمها، بند ٨٩ ومبهمها؛ د. حفيظة السيد الحصاد، العقود البرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٢٦٠ ومبهمها.

تحرص الشركات الأجنبية<sup>(١)</sup> التي تتعاقد مع الدول المنتجة للبتروöl، أو مؤسساتها العامة، على تضمين العقود المبرمة بينهم على نوعين من الشروط هما: شروط الثبات التشريعي، وشروط عدم المساس بالعقد.

ويرجع حرص الشركات الأجنبية المتعاقدة على إدراج هذه النوعية من الشروط إلى المخاوف التي تنتاب هذه الشركات من جراء المزايـة السيادية التي تتمتع بها الدولة المـلـف في العقد. فالدولة بما لها من سلطة تشريعية يمكنها تعديل أو تغيير تشريعها على النحو الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن التعاقدى الذى كان قائما عند إبرام العقد. كما أن الدولة بوصفها سلطة عامة يمكنها تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة<sup>(٢)</sup>.

ونبين فيما يلى المقصود بشروط الثبات وشروط عدم المساس، ثم نعرض بعد ذلك للقيمة القانونية لهذه الشروط والآثار التي يمكن أن تترتب عليها، وذلك كل فى مطلب مستقل.

---

(١) وفي بعض الأحيان، تحرص الدول المضيفة ذاتها، من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، على التمس صراحة فى تشريعها الداخلى على أنها تتعهد بعدم تعديل أو إلغاء قوانينها النافذة عند التعاقد مع المستثمرين الأجانب. انظر: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ١١٨، بند ٩٨.

(٢) فى نفس المعنى راجع:

Riad (F.), les contrats de développement ... Op. Cit., P. 260.

وليس: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص

١٨٨، بند ٩٧.

## المطلب الأول

### المقصود بشروط الثبات وبشروط عدم المساس

ونحدد أولا المقصود بشروط الثبات، ثم نحدد ثانيا المقصود بشروط عدم المساس.

#### أولا: المقصود بشروط الثبات:

يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بامتثاله بعدم تطبيق أى تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذى تبرمه مع الشركة الأجنبية<sup>(١)</sup>. فشرط الثبات يهدف إلى تجسيد القواعد التشريعية فى الدولة المنيقة فى علاقاتها مع الشركة الأجنبية المتعاقدة معها على الحالة التى كانت عليها فى تاريخ إبرام العقد بغية حماية هذه الشركة ضد المخاطر التشريعية L'aléa législatif التى تتبذل فى سلطة الدولة فى تعديل إقتصاديات العقد وذلك من خلال تغيير تشريعها الواجب التطبيق سواء بوصفه القانون الذى يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضرورى<sup>(٢)</sup>.

هذا وتتخذ شروط الثبات أشكالا متنوعة؛ فقد تكون هذه الشروط شروطا عامة Générales تهدف إلى تجسيد كل القواعد القانونية النافذة فى الدولة المتعاقدة، وإلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد. وقد تكون هذه الشروط شروطا خاصة Particulères تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات النافذة أو المستقبلية فى الدولة المتعاقدة كالشريعات المتعلقة بالجمارك أو الضرائب ... الخ. كما أن هذه الشروط قد تكون مطلقة Absolues وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أى

(١) نظري:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 92, No. 179.

(٢) راجع:

Kahn, (Ph.), Contrats d'État et Nationalisation ... Op  
Cit., P.P. 848 - 849.

قانون جديد صادر منها على المقد. وقد تكون نسبية Relatives وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شأنها الإضرار بالتمتع الخاص الأجنبي (١).

ومن أمثلة شروط الثبات التي تضمنتها عقود البترول المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية يمكن أن نذكر ما نصت عليه المادة (١١) من العقد المبرم بين L'Equateur وشركة Texaco Petroleum والموقع في ٢١ فبراير سنة ١٩٦٤ من أنه «يلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت التوقيع على العقد. تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في المقد. وتتولى حكم العمليات التي تتم بين الأطراف في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمه» (٢). كذلك أيضا ما نصت عليه المادة الرابعة من العقد المبرم بين موريتانيا وشركة Texaco Mouritanie الموقع في أول يناير سنة ١٩٧١ من أن «١- تضمن الحكومة للشركة. طوال مدة الاتفاق الحالي. ثبات الشروط العامة القانونية والإقتصادية والمالية والضريبية التي تمارس الشركة نشاطها في إطارها. كما هي مستمدة من التشريع والتواعد النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق ٢٠٠٠- إن قانون التعدين الذي تم تشييده طوال مدة سريان هذا الاتفاق تم إدراج نصوصه ضمن قائمة النصوص الواردة في الملحق رقم (١) المرفق بهذا العقد وبعد جزأ ما لا يتجزأ منه ٤٠٠٠- تتعهد الحكومة طوال مدة هذا

(١) راجع،

Riad (F.), Les contrats de développement, ... Op. Cit., P. 261.

وراجع أيضا،

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 93, No. 181. Ibrahim (Y.A.), Op. Cit., P.P. 158 - 159.

(٢) انظر: د. خليفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرحع السابق. ص ٢٢٢، وانظر في هذا التمس بالإنجليزية:

Berlin (D.), Op. Cit., P. 190.

الاتفاق تجاه الشركة بعدم تطبيق أو إصدار أى تشريع يتضمن بطريق مباشر أو غير مباشر تعديلا لا يتفق مع النصوص التشريعية النافذة في تاريخ إبرام هذا الاتفاق «...» (١).

وكذلك أيضا نص المادة (١٥) من العقد المبرم بين الكاميرون وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله، حيث نصت على أنه «لا يمكن أن تطبق على الشركة، بدون موافقتها المسبقة، التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد، خلال مدة الاتفاق» (٢).

ثانيا: المقصود بشروط عدم المساس:

Les clauses d'intangibilité

يقصد بشروط عدم المساس ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، دون رضا الطرف الآخر، مستخدمة في ذلك إبتيازات السلطة العامة التي يعترف لها بها قانونها الوطنى (٣). فشرط عدم المساس يهدف إلى منع أى تعديل للعقد من قبل الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة من أجل حماية الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة ضد المخاطر الإدارية L'aléa administratif، والتي تتمثل في حق الإدارة، في بعض الأنظمة القانونية، في تعديل شروط العقد الذي تكون طرفا فيه بإرادتها المنفردة (٤).

---

(١) انظر في هذا النص:

IBrahim (Y.A.), Op. Cit., PP. 159 - 160.

(٢) انظر مع المزيد من الاشارة: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٩٢ - ٩٤، بند ٩٤.

(٣) انظر:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., PP. 92 - 93, No. 179.

(٤) انظر:

Kahn (Ph.), Contrats d'État et nationalisation, ... Op. Cit.  
P. 849.

وتتضمن عقود البترول غالبا شرطا من شروط عدم المساس بالمقد. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، المادة (٤١) من العقد المبرم بين إيران ومجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم في أول أكتوبر عام ١٩٥٤، حيث نصت على أن «ب- لا يمكن لأى إجراء تشريعى عام أو خاص، أو أى إجراء إدارى أو أى تصرف آخر أيا كان نوعه صادر عن إيران أو أى سلطة حكومية فى إيران (سواء مركزية أو محلية) أن يلقى هذا الاتفاق أو يعدل نصوصه أو يمنع أو يحول دون التنفيذ الضرورى والفعال لبوده. إن إلغاء الاتفاق أو تعديله لا يتم إلا برضاء الأطراف»<sup>(١)</sup>.

ومن ذلك أيضا المادة (٢١) من العقد المبرم فى ٢١ ديسمبر عام ١٩٦٧ بين المؤسسة السعودية العامة «بترومين» وشركة اجيب الإيطالية، حيث نصت على أن «يكون هذا العقد اتفاقا باتا وملزما فيما بين الطرفين وذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه ولا يجوز تعديله أو تغييره إلا بموافقة الطرفين خطيا بالتراضى فيما بينهما»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك أيضا المادة (٢٠) من العقد المبرم فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٦٢ بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان، حيث نصت على أن «ب - حقوق والتزامات المؤسسة وبان أمريكان والحكومة الواردة فى هذه الاتفاقية والبارية طوال أجلها، تكون

---

(١) انظر هنا النص فى: Rev. Arb., 1956, P. 64. وقد ورد نفس الشرط فى المادة (٢/٢٨) من العقدين المبرمين بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) وشركة سافير سنة ١٩٥٨، وبينها وبين شركة بان أمريكان سنة ١٩٥٨، راجع فى هذين النصين:

Logie (J.), Les contrats pétroliers iraniens, R.B.D.I., 1965, P. 392, Spéc., P. 400.

(٢) انظر فى هذا العقد: د- محمد ليث شقير، د- صاحب فطب، المرجع السابق، ص ١٢٠٠، ومبطلهما، خصوصا ص ١٢٢٢. ومن أمثلة ذلك أيضا المادة (٢١) من العقد المبرم بين المؤسسة السعودية «بترومين» وشركة ستكيلير وتاتوملس وباكستان فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٦٧. انظر فى هذا العقد، المرجع المذكور، ص ١٢٩٠ ومبطلهما خصوصا ص ١٢٤٠.



خاضعة لأحكام هذه الاتفاقية وعلينا لها ولا يمكن تعديلها أو تغييرها إلا باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة»<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف من الناحية النظرية عن شروط عدم المساس بالمقد على النحو السابق بيانه، مع ذلك فإن التفرقة بينهما قد تبدو أقل وضوحاً من الناحية العملية. فشروط الثبات التشريعي تهدف في نهاية الأمر إلى عدم المساس بالمقد مادام أنها تستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على المقد. كما أن شروط الثبات ذاتها لا تحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس بها. ولذلك فإن المشكلة التي تثار بالنسبة لكلا النوعين من الشروط تظل واحدة. وهي إلى أي مدى يمكن للدولة تعديل المقد الذي تكون طرفاً فيه سواء مباشرة أو بطريق غير مباشر من خلال تعديل التشريع الواجب التطبيق على المقد؟<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر في هذا المقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذنب، المرجع السابق، ص ٦٨٨ ولاحقاً، خصوصاً ص ٧٥٤. ولقد جرى العمل على إدراج مثل هذا النص في عقود الشركة، وكذلك عقود انضمام الإنتاج، التي تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية.

(٢) انظر:

Kahn, Ph.), Contrats d'État et nationalisation ... Op. Cit., P. 849.

وفي نفس المعنى راجع:

Jacquet (J.N.), Op. Cit., P. 650.

حيث يقول:

«Avrai dire, la clause de stabilisation rejoint ici la clause d'intangibilité puisque son champ d'application s'étend à toute les mesures, y compris de pures mesures de puissance publique, pouvant être prises par l'État et susceptibles de porter atteinte au contrat».

وراجع أيضاً:

David (N.), ... Op. Cit., P. 80.

حيث يقول:

«Nous retiendrons une définition large des clauses de ...

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على مدى الاعتراف بصحة شروط الثبات وشروط عدم الماس ومدى فعاليتها والآثار التي يمكن أن تترتب عليها. وهذه هي المسألة التي نعرض لها الآن.

### **المطلب الثاني**

#### **مدى صحة شروط الثبات وشروط عدم الماس والآثار التي يمكن أن تترتب عليها**

نعرض الفقه لمسألة التيقن القانونية لشروط الثبات وعدم الماس والآثار التي تترتب عليها. كما عرضت هذه المسألة على محاكم التحكيم التي شكلت للفصل في المنازعات التي نشأت بين بعض الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها وذلك بمناسبة العقود المبرمة بينهم. ونعرض فيما يلي لموقف كل من الفقه وأحكام التحكيم من هذه المسألة.

#### **أولاً: موقف الفقه:**

أثارت مسألة التيقن القانونية لشروط الثبات وعدم الماس والآثار التي تترتب عليها خلافاً كبيراً في الفقه. ويمكن التمييز في هذا الخصوص بين ثلاثة اتجاهات رئيسية. وذلك على النحو التالي:

#### **الاتجاه الأول:**

وفقاً لهذا الاتجاه تعتبر شروط الثبات وعدم الماس المدرجة في العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، بما في ذلك عقود البترول، شروطاً صحيحة ومنتجة لكافة آثارها وهي عدم جواز قيام الدولة المتعاقدة

- 
- stabilité entendant par là toute disposition ... par laquelle le partenaire étatique s'engage à l'égard de son contractant étranger à ne pas modifier unilatéralement le contrat lui-même ou certaines règles qui lui sont applicables.

بإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة أو إحداث أى تغييرات أو تعديلات فى قوانينها يكون من شأنها المساس بشروط العقد، إلا فى الحالات المنصوص عليها بموجب العقد ذاته إما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو تعديله أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانونى يسمح بذلك.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الشروط تعد شروطا صحيحة فى حد ذاتها استقلالا عن كل نظام قانونى وذلك باعتبارها من القواعد الموضوعية فى القانون الدولى الخاص أو القواعد المادية ذات التطبيق المباشر. فشروط الثبات وعدم المساس شأنها فى ذلك شأن شروط التحكيم المدرجة فى العقود الدولية. فكما أن هذه الشروط الأخيرة تم الاعتراف لها بالاستقلال والذاتية عن العقود التى ترد فيها، وذلك استقلالا عن كل نظام قانونى وطنى، فكذلك الشأن بالنسبة لشروط الثبات وعدم المساس<sup>(١)</sup>.

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد من عدة أوجه: فمن ناحية، فإن شروط الثبات التشريعى تؤدي فى نهاية الأمر إلى إفلات العقد من الخضوع لأى قانون<sup>(٢)</sup>، ومن ناحية أخرى، فإن هذه الشروط، إذا أخذنا فى الاعتبار أن من خصائص عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية أنها تستغرق سنوات عديدة، تلزم الدولة بالإبقاء طوال سنوات العقد على مجموعة من النظم الغريبة Des îlots de régime exorbitant ليس لها أدنى صلة بتشريعها السارى. كما أن إنكار حق الدولة فى تعديل بعض نصوصها التشريعية المثبتة Stablisées بموجب شرط فى العقد، معناه

(١) انظر فى عرض هذا الاتجاه:

Kahn (Ph.), Contrats d'État et Nationalisation ... Op. Cit.,  
PP. 849 - 850.

وانظر مع المزيد من التفاصيل أيضا، د. حفيظة السيد الحصاد، العقود المبرمة بين الدول ... المرجع السابق، ص ٢٤٤ ومليها.

(٢) راجع: Berlin (D.), Op. Cit., P. 213. وأيضا: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٥، بند ١٤٤؛ وأيضا: د. حفيظة السيد الحصاد، العقود المبرمة بين الدول ... المرجع السابق، ص ٢٤٧.

إلزام هذه الدولة باتباع سياسة الجمود أو التججر القانوني *l'immobilisme juridique* وهو ما يتنافى بالطبع مع دور الدولة في تطوير قانونها بما يتواءم مع الظروف الجديدة<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثالثة فأن هذا الاتجاه يعنيه أنه يقوم على افتراض يحتاج إلى إثبات.. حيث أنه يقيس استقلالية شروط الثبات على استقلالية شروط التحكيم. وإذا كان مبدأ استقلال شرط التحكيم عن المقد الوارد فيه يعد مبدأ مسلماً به اليوم في مجال التحكيم الدولي الخاص، فإن الإدعاء باستقلالية شروط الثبات يحتاج إلى إقامة الدليل عليه وهو ما لم يفعله أصحاب هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup>.

فضلا عن ذلك، فإن الاعتبارات التي دعت إلى الاعتراف لشروط التحكيم بالاستقلالية عن العقود المنوطة بها لا تتوافر بشأن شروط الثبات. وذلك يرجع بسبق رئيسية لاختلاف مجال كل منهما. فالاعتراف باستقلالية شروط التحكيم في العقود الدولية، على الأقل في عقود الدولة، كان الهدف منه التمييز بين الدولة المتعاقدة، بوصفها تنجز عملا من أعمال الإدارة *Jure Gestionis*، والدولة كسلطة عامة *Puissance Publique* والتي لا يجوز لها بموجب أعمال السلطة *Actes d'autorité* أن تمس الالتزامات التي وقعت عليها بوصفها دولة متعاقدة، في المقابل، فإن الاعتراف باستقلالية شروط الثبات يكون الهدف منه الأساس باختصاص سيادة للدولة كسلطة عامة. هذا الاختصاص الذي يسمى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى الاستفادة منه. فالتعاقد مع الدولة، (على عكس القرض المتعلق بشرط التحكيم)، لا يرغب في التآلب الأعم في التعاقد مع الدولة بوصفها تنجز عملا من أعمال الإدارة، بل على العكس

(١) راجع: Berlin (D.), Op. Cit., P. 213؛ وأيضا: د. حفيظة السيد الحداد.

العقود البرمرة بين الدول ..... المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٢) انظر، د. حفيظة السيد الحداد. العقود البرمرة بين الدول ..... المرجع السابق، ص

يرغب في الاستفادة من امتيازات السلطة العامة التي تستمتع بها الدولة كالامتيازات المتعلقة بالضرائب أو الجمارك أو النقد<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى كل ما تقدم، يرى بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup>، أن شروط الثبات التشريعي تخالف الأصول الفنية المتبعة في مجال القانون الدولي الخاص لحل تنازع القوانين. حيث أن الاعتراف بشروط الثبات معناه الاعتراف للأطراف بالحق أو السلطة في تحديد حالات سريان القانون واجب التطبيق على العقد. وهو ما يتنافى مع الأصول الفنية المتبعة لحل تنازع القوانين من حيث الزمان، لأن الذي يملك ذلك الحق أو تلك السلطة ليس الأطراف بل مشرع الدولة الصادر عنها القانون واجب التطبيق على العقد. وعلى هذا، فإنه يجب الرجوع إلى هذا القانون ذاته فهو الذي يتولى تحديد نطاق سريانه. هذا من جهة. ومن جهة أخرى إذا كان من السلم به في القانون الدولي الخاص أن لإرادة الأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، بيد أن دور هذه الإرادة يتوقف عند هذا الحد، ثم يتولى القاضي تطبيق القانون واجب التطبيق. وفي هذا الخصوص لا دور مطلقاً لإرادة الأطراف.

وإلى جانب هذا الاتجاه الأول المدافع عن شروط الثبات وعدم المساس. ذهب جانب آخر من الفقه إلى إنكار كل قيمة قانونية لهذه الشروط وهذا هو الاتجاه الذي سنعرض له الآن.

### الاتجاه الثاني:

طبقاً لهذا الاتجاه فإن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد المدرجة في العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية، بما في ذلك بالطبع عقود البترول، ليس لها أية قيمة قانونية ولا يترتب عليها أي أثر. فهذه الشروط عبارة عن شروط

(١) راجع في ذلك: Berlin (D.), Op. Cit., PP. 213 - 214.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١١٢ ومبعضها، بند ١١٨ ومبعضه.

تأقيدية شأنها في ذلك شأن بقية الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد. ومن ثم فإن هذه الشروط ليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد نفسه الذي يتضمنها. وبالتالي فإن شروط الثبات وعدم المساس تخضع بدورها للسلطة السيادية للدولة *au pouvoir souverain de l'État* مثلها في ذلك مثل بقية الشروط التأقيدية الأخرى التي يتضمنها العقد. هنا بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتخطى عن حقها السيادي كشرع *Son droit souverain de législateur*. كما لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والتي لا غنى لها عنها للقيام بالمهام المكلفة بها<sup>(١)</sup>. وبناء عليه، وفقاً لهذا الاتجاه فإن من حق الدولة التدخل إما لإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، إذا اقتضت الصلحة العامة ذلك، وذلك بصرف النظر عن تضمين هذا العقد لشروط الثبات أو عدم المساس. فهذه الشروط لا تشكل قيداً على سيادة الدولة في إنهاء هذه العقود أو تعديلها<sup>(٢)</sup>.

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض بدوره للنقد، فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(٣)</sup> إلى القول بأنه يبدو من الصعب في الحقيقة رفض كل قيمة قانونية للتعهد الصادر عن الدولة بعدم المساس بحقوق والتزامات الطرف المتعاقد معها. فإذا كان الأطراف يدرجون عادة شروط الثبات وعدم المساس في العقود التي يبرمونها، فإن ذلك بكل وضوح لأنهم يقدرّون أن هذه الشروط تعد صحيحة وفعالة في أن واحد، ولا يعتبرونها عديمة الجدوى

---

(١) انظر في ذلك:-

Weil (P.), *Problèmes relatifs* ... P. 232.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. حفيظة السيد الحلاوة، *العقود البرمة بين الدول* ... المرجع السابق، ص ٢٥٢ ومبعضها.

(٣) انظر:

Weil (P.), *Problèmes relatifs* ... Op. Cit., PP. 232 - 233.

Inopérantes. إن الدولة التي توافق على إدراج مثل هذه الشروط في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية مع إيمانها بأن هذه الشروط لن يكون لها أدنى أثر على ممارسة سلطاتها السيادية تتخلف بكل وضوح مبدأ حسن النية. كما أن القول بأن هذه الشروط لا يكون لها قوة ملزمة أكثر من العقد ذاته الواردة فيه يعد تلاعباً بالإنفاط *Jouer sur les mots*. فشرط الثبات وعدم المساس تعتبر من الشروط الأساسية التي لا يجوز للدولة المساس بها شأنها في ذلك شأن شروط التحكيم. وفي معظم الأحيان، فإن المتعاقد الأجنبي لم يكن ليقبل التعاقد مع الدولة إلا لأنه قد أخذ بعين الاعتبار شرط الثبات الذي بنى عليه آماله. فالمتعاقد الأجنبي عندما يعبر على إدراج هذا الشرط فذلك لأن الحق في التمييز المقرر له في حالة ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية لا يبدو له كافياً وأنه يطمح في المزيد من الحماية.

وفيما يتعلق بالادعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطاتها السيادية، فإن ذلك ربما يكون صحيحاً بالنظر إلى القانون الداخلي لهذه الدولة، وليس كذلك بالنظر إلى القانون الدولي. فالدولة يمكنها أن تحد من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها بطريق المعاهدة وكذلك أينما عن طريق العقد (١).

(١) ومن الجدير بالذكر أن الملكة المتحدة قد عبرت عن هذا الرأي في المذكرة التي قمتها أمام محكمة العدل الدولية في قضية الشركة الأنجلو إيرانية ضد إيران. فطبقاً لوجهة نظر الحكومة البريطانية، فإن هناك تفرقة أساسية يتعين الأخذ بها بين الاختيار العادي والاختيار الذي تتنازل فيه الدولة سراحة عن سلطاتها في نسخ الاختيار بموجب عمل سيادي من جانبها. وفي الحالة الأولى، يعرف المتعاقد الأجنبي أن الدولة بإمكانها أن تضع نهاية للاختيار قبل المصادق عليه في مقابل الحصول على التمييز المقرر وفقاً للقانون الدولي. وفي الحالة الثانية، على العكس فأنه المتعاقد الأجنبي يتوقع أنه ليس هناك ما يضع نهاية للاختيار قبل تولده، وأنه على أساس الوفاء بهذا التحد يقوم باستثمارات هامة طويلة المدة. وعلى ذلك، فطبي الرعم من أن العقد يخضع طبيعياً للتدخل الانفرادي والسيادي من قبل الدولة، في مقابل الحصول على التمييز، فإن إدراج شرط الثبات يجعل هذا التدخل غير مشروع *illicite* في كل الأحوال بما في ذلك الحالات التي يكون فيها هذا التدخل مشروعاً عند تخلف مثل هذا الشرط. راجع في ذلك:

Weil (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 233.

وإلى جانب كلا من هذين الاتجاهين السابق عرضهما، ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع شروط الثبات وعدم الأساس إلى النظام القانوني الذي يستند إليه المقدم. وهو الاتجاه الذي سنعرض له الآن.

### الاتجاه الثالث:

ذهب جانب من الفقه (١) إلى القول بخضوع شروط الثبات وعدم الأساس من حيث صحتها وقبيلتها القانونية إلى النظام القانوني الذي يستند إليه المقدم. ولا يقصد بهذا النظام القانوني. القانون واجب التطبيق على المقدم من حيث الموضوع، ولكن يقصد بذلك النظام القانوني الذي يستند منه المقدم صحته والذي يحدد القواعد واجبة التطبيق على موضوع المقدم. وهذا النظام القانوني إما أن يكون النظام القانوني للدولة المتعاقدة، أو أن يكون النظام القانوني الدولي. حسب الشروط التي تحدد القانون واجب التطبيق التي يتضمنها المقدم. وعلى هذا النحو فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين. الفرض الأول وهو الذي يتم فيه إسناد المقدم إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة ويكون خاضعاً من حيث الموضوع لقواعد هذا القانون، وخصوصاً قاعدة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة. ففي هذا الفرض فإن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يختص بتحديد ما إذا كانت هذه الشروط صحيحة أم أنه يجب اعتبارها كأن لم تكن. والقول بغير ذلك يعني في الواقع إسناد هذه الشروط من الخضوع للقانون الداخلي الذي يخضع له

---

(١) راجع في عرض هذا الاتجاه:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 95 ets. No. 184. ets.

وليس: د. حفيظة السيد الحداد. المقود البرمة بين الدول .... الرجوع السابق.

ص ٢٦٨ ومبعضها.



العقد فى مجموعه وهو ما لا يمكن قبوله. فليس هناك ما يدعوا إلى إفلات هذه الشروط التعاقدية وحدها من الخضوع للقانون الذى يحكم العقد بأكمله.

ويترب على خضوع شروط الثبات للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة اختلاف الآثار القانونية التى تترتب عليها من قانون وطنى لآخر. فهناك أنظمة قانونية تجيز هذه الشروط وتعتبرها صحيحة. وهناك أنظمة قانونية أخرى تحظر هذه الشروط وتعتبرها باطلة. وفى الحالة التى يحظر فيها القانون الداخلى إدراج مثل هذه الشروط، فإن هذه الشروط تعتبر باطلة ولا يترتب على مخالفتها من قبل الدولة أية مسئولية تجاه الطرف الآخر. ومع ذلك، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عدم مراعاة الدولة لشروط الثبات الواردة فى العقد، إستنادا إلى قانونها الوطنى الذى يحظر إدراج مثل هذه الشروط، يمكن أن يعتبر عمل غير مشروع ويؤدى بالتالى إلى إثارة مسئوليتها الدولية تجاه الدولة التى ينتمى إليها الطرف الآخر. وتنفذ هذه المسئولية بناء على سوء نية الدولة *mauvaise Foi* التى قبلت إدراج شرط الثبات فى العقد مع عليها بأن قانونها الوطنى يحظر عليها ذلك أو بالإستناد إلى فكرة الإهمال المقصود *La négligence intentionnelle*.

الفرض الثانى وهو الذى يتم فيه إسناد العقد إلى النظام القانونى الدولى. ويتحقق هذا الفرض عندما تتفق الأطراف المتعاقدة على إخضاع العقد للنظام القانونى الدولى وذلك على الرغم من كون هذا العقد يخضع جزئيا للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة.

وفى هذا الفرض، فإن شروط الثبات تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة آثارها. ومن ثم يكون من حق الأطراف أن يتفقوا على إخضاع العقد المبرم

بينهم إلى تشريع الدولة المتعاقدة النافذ وقت إبرام العقد. فشرط الثبات يؤدي إلى تفويض القرينة *Présomption* التي مفادها أن القانون الجديد يكون ذو تطبيق فوري ومباشر *d'application immédiate*. فهذه القرينة مجرد قرينة بسيطة ويجوز للأطراف الاتفاق على عكس ما تقضى به.

خلاصة القول إن صحة شرط الثبات في هذا الفرض تعد نتيجة مترتبة على تمويل العقد *L'internationalisation du contrat*. ولا يتضمن هذا الشرط أى تنازل من قبل الدولة المتعاقدة عن ممارسة اختصاصها التشريعي، ويتمتع بقوة ملزمة، ويترتب على مخالفته من قبل الدولة المتعاقدة إثارة مسئوليتها.

وعلى الرغم مما يتميز به هذا الاتجاه من محاولة إيجاد حل وسط لمشكلة القيمة القانونية لشروط الثبات والآثار التي تترتب عليها، حيث يوفق بين الاتجاهين المتعارضين السالف الإشارة إليهما، وذلك بربط هذه المشكلة بالنظام القانوني الذي يحكم العقد، بيد أن هذا الاتجاه لم يكن في منأى عن النقد. فهذا الاتجاه يستند على إقامة التفرقة بين النظام القانوني الذي يستند إليه العقد ويستمد منه صحته وقوته الملزمة، والقانون واجب التطبيق على العقد. وهذه التفرقة مصطنعة وعديمة الفائدة من الناحية العملية<sup>(١)</sup>. فلو أن العقد المبرم بين الدولة والشخص الأجنبي أشار إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا العقد لا يخضع فقط من حيث الموضوع للقواعد القانونية التي يتضمنها هذا القانون، بل يندرج كلية تحت سلطان هذا القانون بحيث أن كل تغيير أو تعديل لهذا القانون يكون واجب التطبيق عليه بشكل تلقائي *ipso facto*. ومن ثم يتعين الرجوع

---

(١) سوف نعرض للتفرقة بين فكرة النظام القانوني الأسلي والقانون واجب التطبيق والإنشغالات التي وجهت إليها عند بحث مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وخصوصاً عند عرض الاتجاه الذي نادى بتطبيق القانون الدولي لستادا إلى هذه التفرقة، فظهر لاحقاً في ١٩٢٩ وطبعهما.

فى هذا الفرض إلى القانون الوطنى للدولة المتعاقدة لتحديد ما إذا كان شرط الثبات الوارد فى العقد صحيحا أم لا<sup>(١)</sup>. ولا يختلف هذا الحل بالضرورة فى حالة العقد المدول internationalise. فقبول الدولة المتعاقدة خضوع العقد الذى تكون طرفا فيه للقانون الدولى. على فرض تضمينه قواعد قانونية تنظم هذه العقود. أو للمبادئ العامة للقانون لا يعنى مطلقا أن قانونها الوطنى أصبح مستبعدا على نحو كامل. فمن ناحية. إن الواقع العملى لا يمدنا إلا بحالات نادرة يتم فيها تدويل العقد على نحو كامل. ومن ناحية أخرى. فإن إخضاع العقد للنظام القانونى الدولى ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات التى تتمتع بها كدولة لصالح الطرف الأجنبى المتعاقد معها. فشروط الثبات لا تؤدى إلى إنتزاع extraire العقد كلية من السياق الطبيعى له Son contexte original. فتثبت نصوص القانون الوطنى واجب التطبيق على العقد لا يرفع العقد إلى مرتبة أعلى من القانون الذى يحكمه<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من الانتقادات التى وجهت إلى هذا الاتجاه. إلا أنه قد لاقى تطبيقا عمليا له من قبل بعض أحكام التحكيم. على نحو ما سنرى فى الصفحات التالية.

### ثانيا: موقف أحكام التحكيم:

لقد أثرت مسألة صحة شروط الثبات وعدم المساس والأثار المترتبة عليها أمام محاكم التحكيم التى شكلت للفصل فى المنازعات التى ثارت بين الدول المنتجة للبترول والشركات الخاصة الأجنبية العاملة فى هذا المجال بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم.

(١) انظر:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 97, No. 186.

(٢) راجع:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 97, No. 187.

ويعتبر حكم تحكيم تكساكو "Texaco"، وليامكو "Liamco"، واجيب "Agip"، ولمينويل "Aminol"، من أهم أحكام التحكيم التي عرضت لهذه المسألة. ولنا نعرض فيما يلي لهذه الأحكام تباعاً.

١ - حكم تحكيم تكساكو الصادر في ١٩ يناير لسنة ١٩٧٧ (١):

وتتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم في أن الحكومة الليبية قد أبرمت في الفترة من ديسمبر سنة ١٩٥٥ وحتى أبريل سنة ١٩٧١ بعض عقود امتياز البترول مع الشركتين الأمريكيتين:

California Asiatic oil company et texaco overseas petroleum company.

---

Clunet, 1977, P. 350 etss.

(١) انظر الحكم منشور في:

وفي التعليق عليه راجع:

Lalive (J.F.): Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères (Arbitrage texaco - calasiatic C/Gouvernement libyen), clunet, 1977, P. 319; Rigaux (F.): Des dieux et des heros, Réflexions sur une sentence arbitrale, Rev. Crit., 1978, P. 435; Jonathan (G.C.): L'arbitrage texaco - calasiatic contre gouvernement libyen (Sentence au fond du 19 Janvier 1977), A.F.D.I., 1977, P. 452; Stern (B.): Trois arbitrages, un même problème, trois solutions, les Nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international, Rev. Arb., 1980, P. 3; Verhoeven (J.), Droit international des Contrats et droit des gens (À propos la sentence rendue le 19 Janvier 1977 en L'affaire california asiatic oil company et texaco overseas oil company C/État libyen), R.B.D.I., 1978-79, P. 209.

بيد أنه في أول سبتمبر سنة ١٩٧٢، أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٢ بتأميم ٪٥١ من كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين المذكورتين. كم أصدرت الحكومة في ١١ فبراير لسنة ١٩٧٤ القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٤ بتأميم كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين مالتى الذكر. ولقد أخطرت هاتان الشركتان الحكومة الليبية في ٢ سبتمبر سنة ١٩٧٢ بعزمهما على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الناشئ بينهما وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٨ من عقود الامتياز المبرمة بينهما وبين الحكومة.

ولما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها ورفضت اللجوء إلى التحكيم، توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية - طبقاً لشرط التحكيم الوارد في المادة ٢٨ مألقة الذكر - من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع الناشئ بينهما وبين الحكومة. والذي قام بتعيين الأستاذ الفرنسي Dupuy كمحكم وحيد للفصل في هذا النزاع.

ولقد تعرض المحكم للعديد من المسائل القانونية الهامة. منها مسألة صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار المترتبة عليها وخسوما الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

وفي هذا الصدد، بدأ المحكم بالتأكيد على أن حق الدولة في إتخاذ إجراءات التأميم لم يعد اليوم محل نقاش وأنه يعد تعبيراً عن سيادتها. بيد أنه تساءل عما إذا كانت ممارسة الدولة لهذا الحق لا تعرف أية قيود على السعيد الدولي، وعما إذا كان الحق في التأميم على وجه الخصوص. والذي يعد تعبيراً عن سيادة الدولة، يخلو لها الإخلال بالتزاماتها الدولية التي تعهدت بها في إطار هذه السيادة.

ولقد أنجب المحكم بأن القانون الدولي يعترف بإجراءات التأميم سواء اتخذت في مواجهة المواطنين أو في مواجهة الأجانب الذين لم تعهد الدولة قبلهم بأى التزام خاص يضمن لهم الإستمرار في مراكزهم. ثم فرق بين قرضين:

أ - الفرض الذى تبرم فيه الدولة المؤممة مع الشركة الأجنبية عقدا يجد أساسه فى القانون الداخلى لهذه الدولة ويخضع له بالكامل. وفى هذا الفرض، فإن تسوية المركز الجديد الناشء عن التأميم يخضع للتصومس القانونية واللائحية النافذة فى هذه الدولة.

ب - الفرض الذى تبرم فيه الدولة مع المتعاقد الأجنبى عقدا مدولا Internationalisé سواء لأنه يخضع للقانون الوطنى للدولة المضيفة، (باعتباره قانونا تمت الإحالة إليه)، المطبق فى تاريخ نفاذ العقد والثبت Stabilité فى هذا التاريخ ذاته بموجب شروط خاصة، أو لأن هذا العقد كان موضوعا مباشرة تحت سلطان القانون الدولى. وفى هذا الفرض فإن الوضع يختلف تماما عن الوضع فى الفرض السابق. فالدولة وضعت نفسها فى إطار النظام القانونى الدولى لكى تتعهد تجاه المتعاقد معها الأجنبى بضمان الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة زمنية معينة. وفى مقابل هذا التعهد، يلتزم الطرف الأجنبى بالقيام باستثمارات ضخمة وبعمليات اكتشاف واستغلال للموارد البترولية فى إقليم هذه الدولة متحملا كافة المخاطر الناجمة عن ذلك. وعلى هذا النحو فإن القرار الذى تتخذه الدولة بإجراء التأميم وإن كان يعتبر بمثابة ممارسة لاختصاص من القانون الداخلى بيد أنه يتضمن أثارا دولية منذ اللحظة التى تبرز فيها إجراءات التأميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولى التى تعد الدولة المؤممة طرفا فيها<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فإن الدولة لا يمكنها التمسك بسيادتها من أجل التنكر للتعهدات التى وافقت عليها بحرية فى إطار هذه السيادة ذاتها. ولا يمكنها بالاستناد إلى إجراءات خاضعة لقانونها الداخلى وحده إهدار حقوق الطرف المتعاقد معها والذى قام بتنفيذ الالتزامات المتنوعة الملقاة على عاتقه بموجب العقد<sup>(٢)</sup>.

Clunet, 1977, P. 367 et SS, No. 59-62.

(١) انظر الحكم:

Ibid, P. 370, No. 68.

(٢) انظر:

وفي ضوء هذه المبادئ، قدر المحكم أنه من المناسب إذن فحص ما إذا كانت إجراءات التأمين المتخذة من قبل الحكومة الليبية ضد الشريكتين المدعيتين يمكنها أن تتجاهل تعهدا معيناً من قبل الحكومة بعدم اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

ولقد أوضح المحكم عدم وجود أي شرط في عقد الامتياز المبرم بواسطة الأطراف يحظر على الحكومة الليبية اللجوء إلى التأمين. ومع ذلك لاحظ المحكم أن هذا العقد يتضمن المادة (١٦) والتي تنس على أن «الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق. وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف. ويتم تفسير هذا الامتياز وفقاً لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق ... وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها»<sup>(١)</sup>.

ولقد ذهب المحكم إلى أن هذا النص الذي يهدف إلى تثبيت مركز التعاقد الأجنبي، لا يحمل من حيث المبدأ ماساً بسيادة الدولة الليبية ليس فقط لأن الدولة قد التزمت به بحرية، بل أيضاً لأن هذا الشرط الذي يشيخ النظام التشريعي والادنى في مجال البترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية والادنية لدولة ليبيا. فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في إصدار القوانين واللوائح في مجال البترول تجاه كل من المواطنين والأجانب على السواء، الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذا الالتزام. ويحصر دور المادة (١٦) فقط في عدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية والادنية في مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم بمثل هذا التعهد طوال الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد. ومن ثم فإن التعديلات التي يمكن أن تنجم عن تبني قوانين ولوائح جديدة لا يمكنها

المساس بحقوق هؤلاء الأطراف إلا بالموافقة المتبادلة من قبل كل من الطرفين. ولا يقال بذلك أن سيادة الدولة الليبية تعد ناقصة، بل الأمر بكل بساطة هو أن هذه الدولة قد أخذت على نفسها بمالها من سيادة مثل هذا الالتزام في اتفاق دولي. طوال فترة تنفيذ هذا الاتفاق، والذي يعد بمثابة القانون المشترك للأطراف.

وممكننا، فإن الاعتراف بالتأميم من قبل القانون الدولي لا يكفي لتحويل الدولة الحق في أن تتجاهل تعهداتها. إذ أن القانون الدولي ذاته يعترف أيضا للدولة بالقدرة على أن تتعهد دوليا بعدم مباشرة هذا الحق، وذلك بقبولها إدراج شرط ثبات في عقد مبرم مع شخص خاس أجنبي<sup>(١)</sup>.

Clunet, 1977, P. 371, No. 71.

(١) راجع الحكم:

إذ يذكر الحكم:

«une telle disposition, qui a pour effet de stabiliser la situation du cocontractant, ne porte pas dans son principe, atteinte à la souveraineté de l'État libyen, non seulement celui - ci S'est engagé librement mais le fait que cette clause stabilisé le régime législatif et réglementaire pétrolier à la date de la signature de l'accord n'affecte pas dans son principe la souveraineté législative et réglementaire de la libye, celle-ci conserve ses prérogatives d'édicter des lois et règlements . matière pétrolière à l'égard de ceux, Nationaux et étrangers, avec lesquels elle n'a pas souscrit un engagement. l'article 16 se limite seulement à rendre inopposables de tels actes aux cocontractants à l'égard desquels un tel engagement a été pris - durant la période prévue pour l'application du contrat. Les modifications, qui pourront résulter pour celui - ci de l'adoption de nouvelles lois ou règlements, devront pour l'atteindre obtenir l'accord mutuel des deux parties. Il en Est ainsi, non parce que la souveraineté de la libye se trouverait réduite. Mais simplement en raison du fait que cet État S'est souverainement engagé dans un accord »



وترتبط على ما تقدم، انتهى المحكم إلى أنه، بالنظر إلى القانون الدولي للمقود، فإن التأمين لا يمكن التسك به ضد العقد المدول البرم بين دولة وشخص خاص أجنبي ويتضمن شروطا للثبات(١).

٢ - حكم تحكيم ليامكو الصادر في ١٢ أبريل سنة ١٩٧٧(٢):

لقد صدر هنا الحكم في النزاع الذي نشأ بين الحكومة الليبية

- 
- International qui, durant le temps prévu pour son application, est la commune loi des parties. ainsi, la reconnaissance par le droit international du droit 'a Nationaliser ne suffit pas pour l'habiller 'a méconnaître ses engagements puisque le même droit reconnaît aussi la faculté pour un État de S'engager internationalement, Notamment en acceptant l'insertion de clauses de stabilisation dans un contrat conclu avec une partie privée étrangère».

Ciunet, 1977, P. 372, No. 73. . . . (١) انظر الحكم:  
إذ يذكر الحكم:

«Ainsi, au regard du droit international des contrats, une Nationalisation ne Saurait prévaloir contre un Contrat internationalisé conclu entre un État et une entreprise privée étrangère et comportant des dispositions de stabilité».

(٢) راجع الحكم منشور موجز له في:

Rev. Arb., 1980, P. 132 etss.

وفي التطبيق عليه راجع:

Ramlaud (P.). Un arbitrage pétrolier (la sentence liamco), A.F.D.I. 198, P. 274.; Lalive (J.F.): Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, Développements récents, Recueil des cours, 1983, P. 83 etss. P 83 etss.; Stern (B.): Trois arbitrages, un même problème ... Op. Cit., P. 3 etss.

والشركة الأمريكية المسماة «ليامكو» Libyan American oil company (Liamco) على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم ممتلكات ومصالح هذه الشركة بموجب قرارات التأميم الصادرة في عامي ١٩٧٢، ١٩٧٤. فبموجب قرارات التأميم الصادرة في أول سبتمبر عام ١٩٧٢ تم تأميم (٥١٪) من ممتلكات ومصالح الشركة، وبموجب قرارات التأميم الصادرة في ١١ فبراير عام ١٩٧٤ تم تأميم باقى ممتلكات ومصالح هذه الشركة. ولما رفضت الحكومة الليبية المشاركة في إجراءات التحكيم، وامتنعت عن تعيين محكمها، توجهت الشركة إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في هذا النزاع وذلك بالتطبيق لشرط التحكيم الوارد في المادة (٢٨) من العقد المبرم بين الطرفين. ولقد قام بالفعل رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين الأستاذ محمى ماسانى "Mahmassani"، اللبناني الجنسية كمحكم وحيد للفصل في هذا النزاع. وبدأت إجراءات التحكيم في ٢ يولييه عام ١٩٧٤ وأسفرت عن صدور حكم التحكيم المذكور في ١٢ أبريل سنة ١٩٧٧.

وقد تعرض الحكم للعديد من المسائل القانونية منها المسألة محل البحث. ولقد ذهب المحكم إلى أن الشرط الوارد في المادة (١٦) من العقد موضوع النزاع (والذى سبقت الإشارة إليه عند التعرض لحكم تحكيم تكساكو) يعد جزءاً من الشروط المسماة بشروط الثبات وعدم المساس. تلك الشروط المعترف بقوتها الملزمة في القانون الدولي. بالإضافة إلى ذلك فإن الشرط الوارد في المادة (١٦) له ما يبرره ليس فقط وفقاً لتشريع البترول الليبى بل أيضاً طبقاً لبدأ قديمة العقود وهو مبدأ عام معترف به في القانون الداخلى والقانون الدولي على حد سواء. كما أن هذا الشرط يعد مطابقاً أيضاً لبدأ عدم رجعية القوانين والذى يقضى برفض كل أثر رجعى لأى تشريع جديد<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: Rev. Arb., 1980, P. 136. حيث يذكر الحكم:

«La clause susvisée fait partie des clauses dites de (Stabilisation) et d'intangibilité dont l'effet obligatoire -

وبهذا يكون المحكم قد أقر بصحة شروط الثبات وعدم المساس التي ترد في عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. بيد أنه لم يتعرض للأثار التي يمكن أن تترتب عليها، وبصفة خاصة أنه لم يوضح بشكل سريع ما إذا كانت هذه الشروط تحظر على الدولة اتخاذ إجراءات التأمين التي من شأنها وضع نهاية للمقد قبل الميعاد المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة.

ومع ذلك، فإن المحكم يعد أن تعرض لحق الدولة في التأمين وبين أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون الدولي العام يؤكدون على حق الدولة في تأمين الأموال الأجنبية وأن الدول من حقها إجراء التأمين بالكيفية ووفقا للأشكال التي تراها مناسبة، وأن لها كامل الحرية في هذا المجال وأنه لا توجد قاعدة في هذا الخصوص تقيد من ممارسة الدولة لهذا الحق في الأحكام القضائية الدولية ولا في المعاهدات الدولية. كما أن فقهاء القانون الدولي، على وجه الخصوص، يسلون اليوم بأن حق الدولة في التأمين ينطبق على أموال صاحب الامتياز حتى قبل التاريخ المحدد لانقضاء الامتياز. هذا بالإضافة إلى قرارات الأمم المتحدة بشأن التأمين والتي أكدت فيها على الحق السيادي للدول في تأمين ثرواتها الطبيعية<sup>(١)</sup>.

وبعد أن تعرض لبدا قديمة المقود *inviolabilité des contrats* وبين أن هذا المبدأ مسلم به من قبل معظم الأنظمة القانونية

- 
- a été reconnu en droit international ... en outre la clause 16 est justifiée Non seulement en vertu de la législation pétrolière libyenne susvisée mais également en vertu du principe général de l'inviolabilité des contrats reconnu également en droit interne et en droit international ... cette clause est également conforme au principe de la non rétroactivité des lois.

الوطنية، بما في ذلك القانون الإسلامي، والقانون الدولي على حد سواء، وأن هذا البند ينطبق على العقود العادية وعلى عقود الامتياز أيضاً، كما أنه يلزم الأفراد وكذلك أيضاً الحكومات، وبالتالي فإنه لا يجوز فسخ العقد أو تعديله إلا بالرضا المتبادل من قبل الأطراف المتعاقدة<sup>(١)</sup>.

بعد ذلك كله استخلص المحكم عدة ملاحظات Propositions منها أن حق الدولة في تأميم ثرواتها ومصادرها الطبيعية يعد حقاً سيادياً ويخضع للالتزام بالتعويض في حالة فسخ عقود الامتياز قبل الميعاد. كما أن تأميم الحقوق الناجمة عن الامتياز إذا لم يكن له طابع تمييزي Discriminatoire وإذا لم يكن مصحوباً بتصرف أو ملوك غير مشروع فإنه لا يعد غير قانوني légale في ذاته ولا يمثل عملاً غير مشروع. ولكن ينشأ الالتزام بالتعويض لصاحب الامتياز بسبب فسخ عقود الامتياز قبل أوانها.

وفي ضوء هذه الملاحظات القانونية انتهى المحكم إلى أن عقود امتياز لياكمو البرمة مع الحكومة الليبية تعد عقوداً ملزمة ولا يمكن فسخها إلا في حالات معينة ذكر منها حالة التأميم غير التمييزي Non discriminatoire المصحوب بالتعويض الملائم<sup>(٢)</sup>.

مجمل القول أن المحكم قد أقر بمسحة شروط الثبات وعدم المساس، بيد أنه قد قرر أن هذه الشروط - وكذلك مبدأ قدمية العقود - لا تحول دون الدولة ووضع نهاية للعقد بطريق التأميم قبل حلول الميعاد المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة.

٣ - حكم تحكيم أجيب Agip الصادر في ٣٠ نوفمبر لسنة ١٩٧٩ (٢):

وتتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أنه في عام ١٩٦٢

Ibid, P. 158 etss.

(١) انظر:

Ibid, P. 166.

(٢) انظر:

(٣) انظر:

Sentence du 30 Novembre 1979, Rev. Crit., 1982, P. 92,  
Note. H. Batiffol.

وفي التطبيق عليه راجع:

Lalive (J.F.): Contrats entre États - Op. Cit., P. 144  
etss.

أبرمت كل من شركة أجيب "Agip" الإيطالية وحكومة الكونغو عقدا بموجبه أسست الشركة الإيطالية أجيب في دولة الكونغو شركة خاصة للقانون الكونغولي. وكانت شركة أجيب تملك ٢١٠٪ من أسهمها، بينما تملك الشركة السويسرية الدولية القابضة نسبة ١٠٪ المتبقية. ولقد قامت هذه الشركة المنشأة بممارسة نشاطها التجاري في توزيع البترول في مايو سنة ١٩٦٥. وبتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٧٤ أسست حكومة الكونغو قطاع توزيع المنتجات البترولية بموجب القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٤ والذي حول أموال الشركات المزمعة إلى الشركة الوطنية Hydro-Congo. ولقد شمل التأميم كل الشركات العاملة في مجال قطاع توزيع البترول باستثناء شركة أجيب والتي سبق وأن أبرمت في ٢ يناير سنة ١٩٧٤ اتفاقا مع حكومة الكونغو تعهدت فيه أجيب بأن تتنازل للحكومة عن عدد من أسهم الشركة يمثل (٢٥٪) من رأس مالها، كما وافقت الحكومة على أن تحتفظ الشركة بصفقتها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص على الرغم من مساهمة الحكومة فيها. كما تعهدت الحكومة بتسنى النصوص المناسبة من أجل تفادي تطبيق التعديلات المستقبلية في قانون الشركات على الشركة.

وفي ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٥ أصدر رئيس جمهورية الكونغو القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧٥ بتأميم الشركة. ولما ثار النزاع بين الطرفين تم اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أعمالا لشرط التحكيم الوارد في الاتفاق المبرم بينهما في ٢ يناير سنة ١٩٧٤. وتم تشكيل محكمة تحكيم للفصل في هذا النزاع مكونة من الأستاذ J. Trolle رئيسا، والأستاذ Dupuy والأستاذ Rouhani كمحكمين. ولقد تعرضت محكمة التحكيم للعديد من المائل منها السألة محل البحث.

وفي هذا الصدد، لاحظت محكمة التحكيم أن الحكومة قد تعهدت. (بموجب نص المادة الرابعة من الاتفاق المبرم بينها وبين أجيب في ٢ يناير عام ١٩٧٤)، بأن تظل الشركة محتفظة بطابعها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص. كما أنها قد تعهدت، وفقا لنص المادة ١١ من الاتفاق

المذكور. بعدم تعديل النظام القانوني للشركة حتى في حالة إدخال تعديلات جديدة على قانون الشركات.

ولقد ذهبت محكمة التحكيم إلى أن فسخ العقد من جانب واحد، بموجب القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧٥، يتجاهل بوضوح شروط الثبات التي تستند تطبيقها ليس من سيادة الدولة المتعاقدة، بل من الإرادة المشتركة للأطراف. كما قررت أن هذه الشروط التي وافقت عليها الحكومة بحرية تامة لا تمس من حيث المبدأ سيادتها التشريعية والادنية مادام أن الحكومة تحتفظ بهذه السيادة في مواجهة المواطنين أو الأجانب الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذه التعهدات، ومادام أن دور هذه الشروط ينحصر في القضية الحالية في عدم الاحتجاج بالتعديلات التشريعية والادنية المشار إليها في الاتفاق<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء ذلك، انتهت محكمة التحكيم إلى تقرير عدم شرعية إجراءات التأميم التي اتخذتها الحكومة. والزام الحكومة بتعويض الشركة عن الأضرار الناجمة عن هذا التأميم<sup>(٢)</sup>.

Rev. Crit., 1982, P. 102, No. 85-86.

(١) انظر.

إذ يذكر الحكم:

«La dissolution par voie unilatérale, décidée par l'ordonnance No. 6175, méconnaît à l'évidence ces clauses de stabilisation dont l'applicabilité résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'État Contractant mais de la commune volonté des parties exprimée au niveau de l'ordre juridique international. ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le gouvernement, n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire puisque, il conserve l'une et l'autre à l'égard de ceux, Nationaux ou étrangers, avec lesquels ce gouvernement n'a pas pris de tels engagements, et qu'elles se bornent, dans le cas présent, à rendre inopposables à l'égard de son cocontractant, les modifications aux dispositions législatives et réglementaires visées à l'accord».

Rev. Crit., 1982, P. 102, No. 88.

(٢) انظر:

٤ - حكم تحكيم أمينويل Aminoil الصادر في ٢٤ مارس لسنة ١٩٨٢ (١):

تلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم في أنه في عام ١٩٤٨ أبرم أمير الكويت عقداً مع الشركة الأمريكية أمينويل حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول واستغلاله في دولة الكويت لمدة ستين عاماً. ولقد تضمن هذا العقد شرطاً للثبات وعدم المساس يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريان العقد. ولكن، عندما رفضت الشركة طلب الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقاً للاتفاقيات التي أبرمت بين الدول المصدرة للبترول والتي تم التوقيع عليها في طهران عام ١٩٧١، وفي جنيف عامي ١٩٧٢، ١٩٧٣، قامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد وتأميم الشركة بموجب القرار بقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٧٧.

وتسكت الشركة باللجوء إلى التحكيم وتم إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين في ٢٢ يوليو سنة ١٩٧٩. وتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة من كبار فقهاء القانون الدولي هم: الأستاذ P.Reuter بسفته رئيساً، والأستاذ G.Fitzmaurice، والأستاذ حامد سلطان بسفتهما عضوين.

وكان من بين المسائل التي عرضت على محكمة التحكيم المسألة محل البحث وهي مدى سحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار المترتبة عليها وخصوصاً الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

(١) انظر الحكم في: Ciunet, 1982, P. 869 etss.

وفي التطبيق عليه راجع:

Kahn (Ph.): Contrats D'État et Nationalisation .... Op. Cit., P. 844.

وانظر أيضاً:

Burdeau (G.): Droit international et contrats d'État. La sentence Aminoil C. Koutl du 24 Mars 1982, A.F.D.I., 1982, P. 454.

وأيضاً:

Lalive (J.): Contrats entre États ... Op. Cit., P. 147 etss.

وفي هذا الخصوص، أكدت محكمة التحكيم على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأمين ليس محل نقاش، وأن شروط الثبات وعدم الماس الدرجة في المقد قد قصد الأطراف من ورائها الإجراءات التي يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاتصافها بطابع المصادرة Confiscation. ولما كان التأمين لا يعد من قبيل اعمال المصادرة إذ أنه يخضع وفقا للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التويض المناسب، فإن شروط الثبات الواردة في المقد موضوع النزاع لا تستهدف إجراءات التأمين.

ولقد رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التي تمسكت بها الشركة والتي مفادها أن شروط الثبات الواردة في المقد قد تم سياغتها بعبارات مطلقة وفضفاضة بحيث تكفي بذاتها لخطر اللجوء إلى التأمين، وأكدت على أنه إذا كان من غير المشكوك فيه أن القيود التعاقدية التي ترد على حق الدولة في التأمين تعد جائرة قانونا، بيد أن مثل هذا التهديد الخملير بعدم التأمين يجب أن يكون محل نص صريح وأن يكون لفترة زمنية محددة. ومن ثم فإن التهديد بعدم التأمين لا يمكن استخلاصه من شروط الثبات التي وردت في المقد بعبارات عامة. ولمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته الجرم لمدة ستين عاما<sup>(١)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أن محكمة التحكيم قد حرصت على التأكيد على أنه إذا كان من غير الممكن تفسير شروط الثبات على أنها تعد بمثابة عقبة في طريق التأمين، فليس معنى ذلك أن هذه الشروط تفقد كل مالا



من قيمة وفالية. فهذه الشروط نظرا لكونها تقتضى ضميا أن لا يكون للتأمين مبالغ المعاداة فإنها تعزز من ضرورة التعويض المناسب باعتباره شرطا لصحة التأمين<sup>(١)</sup>.

بعد استعراض موقف أحكام التحكيم من مسألة صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار التي تترتب عليها، يمكننا أن نخلص من ذلك كله إلى أن هذه الأحكام جميعها قد اعترفت بصحة هذه الشروط، بيد أنها اختلفت فيما بينها حول نطاق سرياتها. فقد ذهب بعض أحكام التحكيم - مثل تحكيم تسكاكو، وتحكيم أجيب - إلى أن هذه الشروط تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأمين. ولذا قضت هذه الأحكام بعدم شرعية إجراءات التأمين التي إتخذتها الدولة. في حين ذهب البعض الآخر منها - كما هو الحال بالنسبة لحكم تحكيم ليامكو، وحكم تحكيم أمينزيل - إلى أن هذه الشروط لا تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأمين. وبناء عليه قضت هذه الأحكام بمسحة إجراءات التأمين التي إتخذتها الدولة مع إلزامها بالتعويض.

ومن جانبى أرى مع جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> أن شروط الثبات وعدم المساس تعد شروطا صحيحة وجائزة قانونا، حيث يجوز للدولة بمانها من سيادة إدراج مثل هذه الشروط فى العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبى. وعلى الدولة عند ممارسة سيادتها التشريعية وإميازاتها كسلطة عامة أن تأخذ فى الاعتبار تعهداتها والتزاماتها التعاقدية القائمة، بما فى ذلك شروط الثبات وعدم المساس. وإذا اقتضت المصلحة العليا للمجتمع أو تغير «جوهرى» فى الظروف مراجعة العقد، كان عليها أن تدعو الطرف الأجنبى للتفاوض من أجل تحقيق هذه المراجعة بطريق التراضى. ولا يجوز للطرف

Ibid, P. 895, No. 96 et P. 904, No. 159.

(١) انظر:

(٢) راجع:

EL - KOSHERI (S.S.), Le régime juridique .... Op. Cit.,  
PP. 335 - 336.

الأخر أن يرفض التفاوض بحسن نية بحجة أن شروط الثبات وعدم المساس تحسن المقد من لى تدخل من جانب الدولة. فالممارسة المتبعة عموما منذ عام ١٩٥٠ فى مجال استغلال الثروات البترولية تكشف عن المياعة التدرجية لقاعدة عرفية مفادها أن التغيرات الرئيسية فى الظروف توجب على الأطراف التفاوض من أجل أن يصبح العقد متمشيا مع الظروف الجديدة. فإذا رفض الشريك الأجنبى التفاوض بحسن نية، كان للدولة أن تمارس سلطاتها السيادية من أجل تحقيق التوازن التعاقدى أو وضع نهاية للعقد بطريق التأميم. وفى هذه الحالة لا يكون أمام الطرف الآخر من سبيل سوى الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التى لحقت به، والذى يتم تقديره بواسطة القضاء المختص أو المحكمين فى حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

ولكن ليس معنى هنا أن شروط الثبات وعدم المساس تعتبر عديدة الفائدة من الناحية العملية، إذ أن إدراج مثل هذه الشروط فى العقد واحترام الدولة المتعاقدة لها يعطى نوعا من الطمأنينة والثقة للشركات الأجنبية ويجعلها تقدم على التعامل معها.

## الباب الأول

### اتفاق التحكيم

#### تمهيد وتقسيم:

يتعين لإخضاع النزاع الذي ينشأ بين الدولة المتعاقدة أو أحد الأجهزة التابعة لها من ناحية، والشركة الأجنبية المتعاقدة معها من ناحية أخرى وذلك بمناسبة عقد البترول المبرم بينهما أن يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل أن ينشأ النزاع، وفي هذه الحالة يأخذ الاتفاق صورة شرط تحكيم Clause Compromissoire وارد في العقد ذاته، أو بعد نشأة النزاع، وفي هذه الحالة يأخذ الاتفاق صورة مشاركة تحكيم Compromis. على أن يلاحظ أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود البترول غالباً ما يتخذ صورة شرط تحكيم وارد في العقد ذاته.

ولما كانت نقطة البداية في اللجوء إلى نظام التحكيم هي في الاتفاق عليه واختياره سبيلاً لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود، ولله بدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري التحكيم أو يتم، فإن أول ما ينبغي على المحكم - أو القاضى في بعض الأحيان - أن يتحقق من وجود اتفاق التحكيم وأن يتأكد من صحته. وبالطبع لن يتسنى للمحكم - أو القاضى - القيام بهذه المهمة إلا بعد أن يحدد القانون واجب التطبيق عليه.

بيد أن هذا الأمر يتوقف على البت في صألتين غاية في الأهمية: المسألة الأولى وهي تحديد نوع التحكيم المتفق عليه بصدد هذه العقود محل الدراسة وما إذا كان تحكيمياً دولياً عاماً يدخل في نطاق القانون الدولى العلم ويخضع لقواعد هذا القانون أم أنه يعد بمثابة تحكيم دولى يدخل في إطار القانون الدولى الخاص وبالتالي تشير المسائل المختلفة المتعلقة به. ومن أهمها مسألة الاتفاق عليه، تنازع القوانين وهو ما ينبغي معه معرفة القانون واجب التطبيق عليه. أم أنه مجرد تحكيم داخلى يخضع لاحكام القانون الداخلى فى الدولة المعنية؟

أما المسألة الثانية: فتتمثل في بحث العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول المتعلق به وتحديد ما إذا كانت هذه العلاقة علاقة تبعية أم علاقة استقلالية. فالقول بأن هذه العلاقة علاقة تبعية مؤداه من ناحية أن بطلان العقد يترتب عليه بالضرورة بطلان اتفاق التحكيم، ومن ناحية أخرى أن القانون الذي يحكم العقد هو ذاته القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم. أما القول بأن هذه العلاقة علاقة استقلالية فمؤداه أن بطلان العقد لا يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم، كما أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد ذاته.

فإذا ما تحقق المحكم - أو القاضي - من وجود اتفاق التحكيم وتأكد من صحته، بعد إعمال القانون واجب التطبيق عليه، فإن هذا الاتفاق تترتب عليه آثار غاية في الأهمية. أثر إيجابي يتمثل في التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم واختصاص المحكمين بالفصل في النزاع بما في ذلك اختصاصهم بالفصل في اختصاصهم عند المنازعة فيه، وأثر سلبي يتمثل في سلب ولاية القضاء الوطني من نظر النزاع.

وفي ضوء ذلك نقسم هذا الباب إلى فصول أربعة وذلك على النحو

التالي:

**الفصل الأول:** ونخصمه لبيان نوعية التحكيم في عقود البترول.

**الفصل الثاني:** ونبحث فيه العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول.

**الفصل الثالث:** وتعرف فيه على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

**الفصل الرابع:** وتعرض فيه لآثار اتفاق التحكيم.

## الفصل الأول

### نوعية التحكيم المتعلق بعقود البترول

لا يتخذ التحكيم صورة واحدة، وإنما يتخذ سورا وأنواعا متعددة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه. فمن حيث مدى حرية الأطراف في اللجوء إليه من عدمه، يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري. ومن حيث مدى سلطة المحكمين في الفصل في النزاع المطروح عليهم، يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم بموجب القانون وتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف. ومن حيث كيفية إدارته، يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسى. ومن حيث النظام القانونى الذى ينتمى إليه، يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلى وتحكيم دولى خاص وتحكيم دولى عام.

ونعرض على نحو موجز لهذه الأنواع المختلفة للتحكيم، ثم نبين بعد ذلك نوعية التحكيم المتفق عليه يسدد عقود البترول.

## المبحث الأول

### أنواع التحكيم

#### أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

يكون التحكيم اختياري Arbitrage Volontaire إذا كان اللجوء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم وليس مفروضاً عليهم<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى، يكون التحكيم اختياريًا متى كان للأطراف حرية اللجوء بصدد نزاع معين إما إلى القضاء أو إلى التحكيم بيد أنهم اختاروا بإرادتهم الحرية اللجوء إلى التحكيم<sup>(٢)</sup>. والأصل في التحكيم أنه اختياري وليس إجباريًا، إذ لا يجب كقاعدة عامة أن تتخلى الدولة عن القيام بوظيفتها القضائية وتوجب على الأطراف اللجوء في حل منازعاتهم إلى التحكيم، لأن ذلك يعتبر اتصالاً من الدولة في القيام بواجبها وتخليها عن القيام بوظائفها<sup>(٣)</sup>.

ولكن هذا لا يمنع الدولة من أن تجعل التحكيم، في بعض المنازعات طريقاً إجبارياً يلتزم الأطراف باتباعه، بحيث لا يجوز لهم بخصوص هذه المنازعات اللجوء إلى القضاء والذي لا تكون له في هذه المنازعات سلطة الفصل فيها ابتداءً. وإنما يتعين على الأطراف اللجوء بشأنها إلى التحكيم. وهذا النوع من التحكيم هو ما يعرف بالتحكيم الإجباري Arbitrage Forcé<sup>(٤)</sup>.

ومن أمثلة التحكيم الإجباري في القانون المصري التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين إحدى هذه الشركات

(١) راجع د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في الوالد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، طو الفكر للنشر، ١٩٩٠، ص ٢٥، بند ١٤.

(٢) راجع د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية، طو النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ١٩٧٤، ص ١٠٧ - ١٠٨، بند ٢٢.

(٣) انظر: د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢٥ - ٢٦، بند ١٤.

(٤) انظر: د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦، بند ١٤.

وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة أو مؤسسة. من الهيئات أو المؤسسات العامة والذي كان منظما بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة هذا النوع من التحكيم فى القانون الأردنى التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين إحدى الجمعيات وبين أحد أعضائها أو موظفيها أو مستخدميها، ومن أمثلة هذا النوع من التحكيم فى القانون الفرنسى التحكيم فى بعض المنازعات المالية<sup>(٢)</sup>.

هذا وما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أن الأصل فى التحكيم فى المعاملات الدولية الخاصة، وخصوصاً فى مجال التجارة الدولية، هو كون التحكيم اختيارياً يقوم على تراضى الأطراف ذوى الشأن بمقتضى قبولهم لشرط التحكيم الوارد فى العقد أو باتفاق بينهم بعد وقوع النزاع.

ومع ذلك، قد تصادف بعض حالات للتحكيم الإجبارى فى إطار العلاقات الدولية الخاصة، ويمكن أن نذكر من ذلك ما نصت عليه المادة (٩٠) من الشروط العامة لدول «الكوميكون» عام ١٩٦٨ من أن «كل المنازعات التى تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبتها يجب عرضها على التحكيم، مع استبعاد اختصاص المحاكم القضائية العادية بذلك. ويكون عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر فى هذه المنازعات فى بلد المدعى عليه أو فى بلد ثالث عضو فى مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة، متى اتفق أطراف النزاع على ذلك»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٦٠٢ لسنة ١٩٩١، قد حل محل القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢، وأبقى نظام التحكيم الإجبارى الذى كان ينص عليه هذا القانون الأخير، ونس فى المادة ٤٠ منه على أنه يجوز للهيئات والشركات الخاصة له أن تنفق على التحكيم بشأن ما يثور بينها وبين غيرها من منازعات طبقاً لنصوص التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الواردة فى قانون المرافعات.

(٢) قنطر: د. محمود هاشم. المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٨.

(٣) قنطر: د. ثروت حبيب. المرجع السابق، ص ١٠٨ - ١٠٩.

## ثانياً التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:

ينقسم التحكيم، من حيث كيفية سريانه، إلى تحكيم مؤسسي Institutional وتحكيم حر أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة Ad Hoc.

والتحكيم المؤسسي أو المنظم: هو التحكيم الذي يعجز تحت رعاية إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم الدائمة وملبقاً لللائحة التحكيم النافذة لديها، والتي تحدد كيفية اختيار المحكمين، وكيفية سير الإجراءات أمامهم، ومدى سلطتهم عند نظر النزاع والفصل فيه.

أما التحكيم الحر: فهو التحكيم الذي يتم بمعرفة الأطراف أنفسهم، حيث يتولى هؤلاء اختيار المحكم أو المحكمين الذين سيتولون الفصل في النزاع أو يبينون كيفية اختيارهم، كما يتولى هؤلاء تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع، وكذلك القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو يفوضوا المحكم أو المحكمين في تحديده، دون اللجوء في ذلك إلى أية مؤسسة أو مركز دائم للتحكيم<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة قد سبق في الظهور التحكيم المؤسسي أو النظامي، بيد أن هذا النوع من التحكيم - على حد تمييز بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> - قد أفل نجمه، ولم يعد له

---

(١) راجع: د. محمود هشام، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها، بند ١٧: د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ٩١ - ٩٢، بند ١٧: د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها، بند ١٤٩: د. علي بركلت، خصوصية التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه - كلية حقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص ٩٩ - ١٧، بند ١١٤ وراجع أيضاً:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international, Recueil des cours, 1967, P. 664 et SS.

(٢) انظر: د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٩٢.



سوى دور القريب الفقير «Parent Pauvre»<sup>(١)</sup> إلى جانب التحكيم المؤسسى.

لقد أصبح التحكيم المؤسسى هو القاعدة فى مجال المعاملات الدولية الخاصة، خصوصا فى إطار التجارة الدولية، بعد أن نشأت العديد من مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولى. ومن بين هذه المؤسسات يمكن أن نذكر على سبيل المثال: غرفة التجارة الدولية Chambre de commerce international، والجمعية الأمريكية للتحكيم American Arbitration Association، ومحاكمة لندن للتحكيم London court of arbitration، والمركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة، والمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار والذي تم إنشاؤه بموجب اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والبرمة فى واشنطن عام ١٩٦٥.

ولكن، لا يجب أن يفهم من ذلك أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة فى طريقه إلى الزوال، فهناك العديد من المنازعات التى يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة<sup>(٢)</sup>، كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم فى عقود البترول على نحو ما سنرى فيما بعد.

هذا ولقد أقرت الاتفاقيات الدولية التحكيم بنوعيه، المؤسسى والحر، دون أدنى تفرقة بينهما فى المعاملة. وفى هذا الصدد نذكر اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عام ١٩٥٨، فقد نصت المادة (٢/١) من هذه الاتفاقية على أنه: «يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل فى حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الدائمة».

(١) انظر:

RUBELLIN - DÉVICH (J.), *Essai sur la Nature de l'arbitrage*, Thèse, Lyon, 1964, P. 142, N° 190.

(٢) انظر:

LALIVE (P.), *Problèmes relatifs à l'arbitrage ...*, Op. Cit., P. 670

كذلك الأمر بالنسبة للاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف عام ١٩٦١، فقد نصت المادة (٢/١) من هذه الاتفاقية على أنه: «يقصد بالتحكيم تسوية المنازعات ليس فقط بواسطة محكمين معينين للفصل فى حالات محددة بل أيضا بواسطة محكمين معينين بواسطة هيئات التحكيم الدائمة» (١).

كما أجازت مختلف القوانين الوطنية التحكيم بنوعية. المؤسسى والحر. دون أدنى تفرقة بينهما. وهو ما يتضح من مراجعة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، حيث لا يفرق المشرع عند تنظيمه للتحكيم بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى.

وفى هذا الصدد يمكن أن نذكر القانون المصرى المحالى للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقد نصت المادة (٢/١) من هذا القانون على أن: «ينصرف لفظ «التحكيم» فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التى تتولى اجراءات التحكيم - بمقتضى اتفاق الطرفين - منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك» (١).

ثالثا: التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف (٢):

ينقسم التحكيم، من حيث ملطلة المحكمين فى الفصل فى النزاع.

---

(١) يقول النص بالفرنسية:

«On entend par: «Arbitrage», le règlement de litiges non seulement par des arbitres nommés pour des cas déterminés (arbitrage ad Hoc), mais également par des institutions d'arbitrage permanentes».

(٢) انظر: الجريمة الرسمية - العدد ١٦ (تليج) فى ٢١ أبريل سنة ١٩٩٤.

(٢) جرى النقص فى مسر على استخلم اسطلاح «التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح» (انظر د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٢٩، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٢٨). أو اسطلاح «التحكيم العادى والتحكيم مع التوىش بالصلح» (راجع د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، اللجنة الثانية، =

إلى تحكيم طبقا لقواعد القانون. وتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف. والتحكيم طبقا لقواعد القانون (أو ما يسمى بالتحكيم بالقضاء) هو التحكيم الذي يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع المطروح عليهم. بينما التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف (أو ما يسمى بالتحكيم بالصلح) هو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع، حيث يمكنهم الفصل في النزاع المطروح عليهم استنادا إلى قواعد العدالة ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق.

والأصل في التحكيم أنه تحكيم طبقا لقواعد القانون. وأن التحكيم طبقا لقواعد العدالة أو التحكيم بالصلح هو الاستثناء. ويترتب على ذلك أن التحكيم طبقا لقواعد العدالة يجب أن يتفق عليه الأطراف صراحة<sup>(١)</sup>.

هنا ولقد أجازت معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم كلا من

---

- ١٩٨١، ص ٥٢). ولقد ضلنا استخدام اصطلاح «التحكيم طبقا لقواعد القانون» بدلا من اصطلاح «التحكيم بالقضاء» أو «التحكيم المادي» حيث نرى أن الاصطلاح الأول أكثر دقة وأكثر تميزا عن حقيقة التصود من غيره. كما فضلنا استخدام اصطلاح «التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف» بدلا من اصطلاح «التحكيم بالصلح» في التحكيم مع التفويض بالصلح» حيث نرى أن هذا الاصطلاح الأخير غير دقيق، ولقد ترجمة حرفية غير دقيقة للمصطلح الفرنسي «l'amiable composition»؛ لأنه لا يدل على حقيقة التصود منه. فالتحكيم المتفوض بالصلح *L'amiable compositeur* لا يجري سلحا لأن الصلح له منه المحدد في القانون. بل إن الحكم بالصلح يفصل في النزاع شأنه في ذلك شأن الحكم بالبتيد بقواعد القانون، ولكن طبقا لقواعد العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون على النحو المبين في الترتيب. راجع في اقتراح استخدام اصطلاح التحكيم بالصلح د. على بركات، المرجع السابق، ص ٤١٢.

(١) راجع د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٥٢؛ د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٢٩؛ د. على بركات، المرجع السابق، ص ١٦، بند ١١٢؛ وراجع مع الزيد من التماسيل: د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ١٧٤، ومبيناها؛ وللمزيد من التفاصيل حول التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف راجع:

LOQUIN (E.), *L'amiable composition en droit comparé et international*, Thèse, Dijon, 1978, Litec, Paris, 1980.

النوعين: التحكيم بالقانون والتحكيم بالمعالة (أو الصلح). ومن ذلك يمكن أن نذكر التشريع المصري الحالي للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فبعد أن نص في المادة (٢٠١/٢٩) على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان أو القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى هيئة التحكيم أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، نص في الفقرة الرابعة من نفس المادة على أن «يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد المعالة والإتصاف دون التقيد بأحكام القانون».

ويمكن أن نذكر أيضاً قانون التحكيم الفرنسي لسنة ١٩٨١، فبعد أن نص في المادة (١٤٩٦) على أن يفصل المحكم في النزاع طبقاً لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف أو تلك التي يرى المحكم أنها مناسبة في حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق، نص في المادة (١٤٩٧) على أنه «يفصل المحكم كمحكم مفوض بالصلح إذا ما اتفق الأطراف على ذلك»<sup>(١)</sup>.

وكذلك أيضاً القانون الأيرلندي الجديد بشأن التحكيم لسنة ١٩٨٦، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٥٤) من هذا القانون على أن «تفصل محكمة التحكيم طبقاً لقواعد القانون»، نصت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة على أن: «تفصل محكمة التحكيم بوصفها محكمة مع التفويض بالصلح إذا ما اتفق الأطراف على ذلك»<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر النص بالفرنسية إذ يقول:

«L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission».

Journal officiel, 14 Mai 1981. راجع نصوص هذا القانون في:

(٢) ويذكر النص بالفرنسية:

«Le tribunal arbitral statue en qualité d'amiable compositeur si les parties sont convenues de lui conférer cette mission».

Rev. Arb., 1988, P. 349. راجع نصوص هذا القانون منشورة في:

نفس الشيء بالنسبة للقانون الأسباني الجديد بشأن التحكيم رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٨. فقد نصت المادة (١/٤) منه على أن «يفصل المحكمون في نزاع بموجب قواعد القانون أو قواعد العدالة وذلك حسب اختيار الأطراف...» (١). وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائري الجديد بشأن التحكيم الصادر في ٢٥ إبريل لسنة ١٩٩٢. فبعد أن نصت المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ منه على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف أو قواعد القانون والمبادئ التي يرونها مناسبة في حالة عدم اتفاق الأطراف على التواعد القانونية واجبة التطبيق. نس في المادة ٤٥٨ مكرر ١٥ على أن «تفصل محكمة التحكيم في النزاع كمحكم مفوض بالسلح إذا منحها الأطراف هذه السلطة» (٢).

كما أخذت بكلا النوعين من التحكيم بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. من ذلك يمكن أن نذكر الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي والتي تم التوقيع عليها في جنيف في عام ١٩٦٦. فبعد أن بينت المادة (١/٧) من هذه الاتفاقية أن للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع، وأنه في حالة تخلف أي بيان من قبل الأطراف عن هذا القانون. يطبق المحكمون القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في القضية. نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه «يفصل المحكمون في النزاع كمحكمين مفوضين

(١) ويقول النس بالفرنسية:

«Les arbitres statueront sur le différend au choix des parties, en droit ou en équité, en leur âme et conscience».

Rev. Arb. 1989, P. 353. راجع نصوص هذا القانون منشور في:

(٢) ويقول النس بالفرنسية:

«Le tribunal arbitral statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré ce Pouvoir».

Rev. Arb., 1993, P. 478. راجع نصوص هذا القانون منشورة في:

بالصلح إذا رغب الأطراف في ذلك وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز ذلك»<sup>(١)</sup>. كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير التي تم التوقيع عليها في واشنطن عام ١٩٦٥. فيعد أن بيئت الفقرة الأولى من المادة (٤٢) من هذه الاتفاقية أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون المتبناه من قبل الأطراف. وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف. تطبق المحكمة قانون النولة الملطف في النزاع وكذلك مبادئ اتانون الدولي في هذا الخصوص. نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه «يحوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف Ex Aequo et Bono. إذا ما اتفق الأطراف على ذلك»<sup>(٢)</sup>.

ومنظرا لخطورة الآثار التي تترتب على تفويض المحكمين الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون. فإنه إلى جانب أن غالبية التشريعات تشترط أن يكون الاتفاق على اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم صريحا. فإن بعض التشريعات تشدد بخصوص هذا النوع من التحكيم فعلى سبيل المثال. يشترط قانون دولة الإمارات العربية المتحدة للتحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ أن يحدد المحكمون بأسمائهم في اتفاق التحكيم أو في وثيقة لاحقة (م ٢٠٥) (١٢) كما يشترط القانون السعودي لصحة حكم

---

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«Les arbitres statueront en «amiables compositeurs» si telle est la volonté des parties» et si la loi régissant l'arbitrage le pérment».

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le tribunal. Si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono».

A.S.D.I., 1965, P. 221. راجع نصوص هذه الاتفاقية منشورة في:

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«Les arbitres ne peuvent être investis de la mission d'amiables compositeurs que s'ils sont désignés par leur nom dans la convention d'arbitrage ou dans un acte ultérieur».

التحكيم أن يصدر بالإجماع (م ١٦)(١).

وأخيراً. تجدر الإشارة إلى أنه سواء تعلق الأمر بالتحكيم طبقاً لقواعد القانون أو التحكيم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف فإن المحكمين في كل من النوعين يلتزمون بالقواعد الإجرائية التي يحددها الأطراف، كما يلتزمون بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي (٢).

رابعاً: التحكيم الدولي العام، والتحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي الخاص\*.

يمكن تقسيم التحكيم. من حيث النظام القانوني الذي ينتمي إليه. إلى ثلاثة أنواع: التحكيم الدولي العام، والتحكيم الداخلي. والتحكيم الدولي الخاص.

ويقصد بالتحكيم الدولي العام: التحكيم الذي يهدف إلى حل المنازعات الدولية التي تثار فيما بين الدول ذات السيادة بشأن أمور ته هذه الدول. ويخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولي العام(٣).

وإذا كان تحديد المقصود بالتحكيم الدولي العام على النحو المتقدم

---

= راجع نصوص هذا القانون منشورة في: Rev. Arb. 1993, P. 343. وفي التطبيق عليه راجع:

EL - AHDAB (A.), la nouvelle loi sur l'arbitrage de l'État des ÉMIRATS ARABES UNIS, Rev. Arb., 1993, P. 229.

(١) راجع في نصوص هذا القانون، د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) راجع د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٠٠؛ د. علي بركات، المرجع السابق، ص ١١.

(٣) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، ص ص ٦٠ - ٦١. وللمزيد من التفصيل حول التحكيم الدولي العام انظر:

DEHAUSSY (J.), «Arbitrage (droit international public)». Dalloz, dr. int., 1968, P. 134.; BASTID (S.), Arbitrage international, J-C., dr. int., Fasc. 245 et S.

وأيضاً: د. إبراهيم الضلي، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٧٣.

لا يشير أية صعوبة تذكر بيد أن الصعوبة تثور بشأن تحديد المقصود بالتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الخاص، ووضع معيار للفرقة بينهما.

ويؤدي ذلك إلى بدء يجب التأكيد على أن تحديد نوعية التحكيم وما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلي أم بتحكيم دولي خاص ليست من الأمور النظرية أو الدراسات الترفيفية أو الأكاديمية، بل إن للفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الخاص أهمية كبرى، كما يترتب عليها نتائج بالغة الخطورة من عدة نواحي.

فمن ناحية أولى: فإن تحديد القانون واجب التطبيق في مسائل التحكيم يتوقف على نوع التحكيم، وما إذا كان تحكيميا داخليا أم تحكيميا دوليا يدخل في إطار القانون الدولي الخاص. فوصف التحكيم بأنه تحكيم داخلي يستتبع بالضرورة تطبيق القانون الداخلي وحده، الأمر الذي يختلف باختلاف كبير عن التحكيم الدولي الخاص الذي يشير تنازع القوانين، مما يقتضى البحث عن القانون واجب التطبيق في شأنه. بالإضافة إلى ذلك، فإن تحديد نوعية التحكيم وما إذا كان تحكيميا داخليا أم دوليا يترتب عليه تحديد مدى خضوعه للقواعد التي تنص عليها المعاهدات الدولية التي أبرمت في هذا المجال سواء تلك التي تضع تنظيميا موضوعيا للتحكيم أو التي تحدد القانون واجب التطبيق في شأنه<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثانية: فإن تحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر بعض المسائل المتعلقة بالتحكيم يتوقف على تحديد ما إذا كنا بصدد تحكيم داخلي، أم بصدد تحكيم دولي يدخل في إطار القانون الدولي الخاص<sup>(٢)</sup>. فعلى سبيل المثال، تنص المادة (١/٩) من القانون المصري الحالي للتحكيم

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٢ - ١٣، دولة التحكيم في القانون المصري مقارنا بالاتجاهات القانونية المطردة بحث مقدم إلى المؤتمر الثامن للتحكيم التجاري الدولي والذي عقد بفندق هيلتون ريسيس في ١٩٩٥/٧/١، ص ٢ - ٣.

(٢) انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٢ ومبعضها: دولة التحكيم في القانون المصري .... المرجع السابق، ص ٢ - ١.



رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على أن «يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يعيها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر».

فكما هو واضح من النص، لقد ميز المشرع المصرى بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فيما يتعلق بالمحكمة القضائية المختصة بمسائل التحكيم. وأوضح أنه فيما يتعلق بالتحكيم الداخلى فإن المحكمة القضائية المختصة هي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وفيما يتعلق بالتحكيم الدولى الذى يدخل فى إطار القانون الدولى الخاص، فإن المحكمة القضائية المختصة هي محكمة استئناف القاهرة. مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى.

ومن ناحية ثالثة: فإن مجال إعمال فكرة النظام العام يختلف اختلافا كبيرا تبعاً لما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلى أم بتحكيم دولى خاص. فلنكرة النظام العام نطاق أضيق فى النوع الثانى عنه فى النوع الأول. إذ يختلف مدى ماس موضوع واحد بالنظام العام بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالتحكيم الداخلى أم التحكيم الدولى. فعلى سبيل المثال، مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم يمكن ألا تكون مبررا لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم ماس واضح وجدى بالنظام العام، وذلك بصدد أحكام التحكيم الأجنبية. ويرجع ذلك إلى أنه ليست كل قاعدة أمرة تتعلق بالنظام العام فى القانون الداخلى تعتبر من النظام العام فى مجال المعاملات الدولية<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية رابعة: فإن تنفيذ أحكام التحكيم، وهي أهم مرحلة من

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٤٥ - ٤٦. دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ٤. وللمزيد من التفاصيل حول النظام العام والتحكيم انظر: د. ثرثرف عبدالعليم الرفاعى، مرجع سبق الإشارة إليه.

مراحل التحكيم، يتم وفقا لإجراءات معينة. وبدون شك فإن هذه الإجراءات تختلف من دولة إلى أخرى، كما قد تختلف هذه الإجراءات داخل الدولة الواحدة تبعا لما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلي أم بتحكيم دولي خاص. هنا بالإضافة إلى أن هناك اتفاقيات دولية تحكم تنفيذ أحكام التحكيم وتطبق فيما يتعلق بالتحكيم في مجال المعاملات الدولية الخاصة<sup>(١)</sup>.

وأخيرا، تبدو أهمية دراسة هذه المسألة في ضبط المصطلحات، حيث ظهرت مصطلحات عديدة في هذا الشأن يمكن أن نذكر منها: التحكيم الداخلي، التحكيم الأجنبي، التحكيم التجاري الدولي، التحكيم شبه الدولي «Semi - international» أو «Transnational».

وفي ضوء ما تقدم، تتضح أهمية وضرورة التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الخاص، الأمر الذي اختلف الفقه في شأنه، كما تعرضت له الاتفاقيات والوثائق الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة.

ونعرض فيما يلي بإيجاز لأراء الفقهاء، ثم لموقف الاتفاقيات والوثائق الدولية، وأخيرا لموقف بعض التشريعات الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم.

#### ١ - آراء الفقهاء:

ساد في الفقه اختلاف حاد بشأن التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الخاص، كما أساب جاتيا منه نوع من التردد وشيء من التناقض، وهو ما سيتضح لنا من خلال استعراض مختلف آراء الفقهاء.

فقد ذهب رأى أول<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن التحكيم يكون له طابع دولي سواء من حيث جوهره أو إجراءاته. ويكون للتحكيم طابع دولي بجوهره

(١) انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٤٧.

دولية التحكيم في القانون المصري ..... المرجع السابق، ص ٥ - ٦.

(٢) انظر:

إذا كان النزاع الخاضع للتحكيم ناشئا عن علاقة قانونية ذات طابع دولي. كما لو كان الأطراف من جنسيات مختلفة أو كانوا متوطنين في دول مختلفة. أو إذا كان العقد موضوع النزاع قد أبرم أو يجب أن ينفذ في دولة أجنبية ... الخ. كذلك أيضا يكون للتحكيم طابع دولي بإجراءاته إذا كان المحكم أجنبي أو إذا كان يتعين أن تسمى إجراءات التحكيم في الخارج. ففي مثل هذه الحالات، يكون للتحكيم طابع دولي بطبيعته حيث أنه يشير مشاكل القانون الدولي الخاص.

على العكس من ذلك تماما، إذا كان موضوع التحكيم وإجراءاته يرتبطان كلية بدولة واحدة فقط، ففي هذه الحالة لن توجد مشكلة قانون دولي خاص، ومن ثم يلتزم الأطراف بإخضاع هذا التحكيم للقانون الوطني للدولة التي يرتبط بها بكل عناصره.

وذهب رأى ثان<sup>(١)</sup> إلى أنه يمكن القول بأن التحكيم يكون دوليا خاصة عندما لا يخضع لدولة واحدة في كل عناصره سواء من حيث طبيعة النزاع أو شخصية الأطراف أو المحكمين أو مكان التحكيم أو إجراءاته. بيد أنه يرى أن هذا التعريف السلبى يبدو واسعا للغاية، وذهب إلى القول بأنه إذا كان من الممكن التأكيد - على سبيل البقين - على أن التحكيم يكون دوليا بجوهره وذلك عندما يتعلق بنزاع ناشئ عن علاقة قانونية تثير تنازع القوانين سواء من حيث جنسية أو موطن الأطراف أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه. إلا أنه من المشكوك فيه التأكيد على أن التحكيم يكون دوليا بطبيعته فقط، على سبيل المثال، بسبب الجنسية الأجنبية للمحكمين فلو أن شخصين سويسريين نشأ بينهما نزاع بشأن تفسير عقد داخلي، واتفقا على أن يصدر حكم التحكيم بواسطة محكمة فرنسية أو ألمانية مقيم في سويسرا، فلا يمكننا الحديث عن تحكيم دولي. ومع ذلك، عاد صاحب هذا الرأي في النهاية وقرر الأخذ بالتعريف الواسع الذى قال به في بداية الأمر.

(١) انظر:

فى حين أن فريقا ثالثا<sup>(١)</sup> من الفقه قد استعرض مختلف النوايط التى يمكن الاستناد إليها للتفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى. وقرر أن ضابط الجنسية الأجنبية للمحكىين ليس كافيا لاسناد الصفة الدولية أو الأجنبية للتحكيم حيث لا توجد قاعدة فى القانون الدولى الخاص يمكنها التدخل لهذا السبب وحده. كما أن الجنسية الوطنية للمحكىين لا تمنع من أن يكون التحكيم أجنبيا أو دوليا. كذلك الأمر بالنسبة لجنسية الأطراف، حيث أن تمتع الأطراف بجنسية أجنبية لا يكفى لمنح الصفة الدولية أو الأجنبية للتحكيم، لأن شخصين أجنبيين يمكنهما الخضوع لتحكيم خاضع بالكامل للنظام الداخلى. صحيح أنه فى مجال التحكيم الدولى. فإن الأطراف غالبا ما يكونوا من جنسيات مختلفة. ولكن ليست جنسية الأطراف هى التى تنفى على التحكيم الطابع الدولى. وكذلك الأمر بالنسبة لموطن الأطراف أو مقر إقامتهم. أما بالنسبة لمكان التحكيم فهو من حيث الببدأ ليس له تأثير على الطابع الوطنى أو الأجنبى أو الدولى للتحكيم إلا فى الحالة التى يلعب فيها دورا فى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وانتهى أصحاب هذا الرأى إلى أن الضابط الصحيح والمعيار الوحيد الذى يفصل التحكيمات الوطنية عن التحكيمات الأجنبية أو الدولية هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. فإذا كان هذا القانون هو قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم كان التحكيم وطنيا. وإذا كان قانونا أجنبيا أو قواعد تحكيم دولية كان التحكيم أجنبيا أو دوليا. وذلك حتى وإن كان النزاع يرتبط بكل عناصره بدولة واحدة فقط. وهكذا يرى أصحاب هذا الرأى أن اسناد التحكيم إلى قواعد إجرائية غير فرنسية. أى قواعد قانون أجنبى أو قواعد مركز تحكيم دولى. يكفى لوصف التحكيم بالأجنبية أو الدولية.

(١) انظر:

LOUSSOUARN (Y.), et BREDIN (J-D.), Droit du commerce international, sirey, Paris, 1969, PP. 84 - 85, No. 71.; GOLDMAN (B.), Arbitrage (droit international prive), Dalloz, Répertoire de droit international, PP. 112 - 113. No. 2 et SS.

ومع ذلك ذهب أحد أنصار هذا الرأي المذكور<sup>(١)</sup> متساءلا عما إذا كان من الممكن تصور تحكيم ما يجري وفقا لقاعدة إجرائية فرنسية وبعد رغم ذلك غير فرنسي سواء لتعلقه بروابط قانونية قائمة في بلد أجنبي أو لتعلقه بمقد دولي؟ ثم أجاب أن محكمة النقض الفرنسية قررت في حكمها الشهير في قضية Gosset أن التحكيم الذي يتم في إيطاليا وفقا للقانون الإيطالي يمكن مع ذلك وصفه بأنه تحكيم دولي. وبالتقيا على ذلك، يمكن اعتبار التحكيم الخاضع لقواعد إجرائية فرنسية بأنه غير فرنسي، مادام أنه يغلت من النظام القانوني الفرنسي وذلك من خلال تطبيق قانون أجنبي على موضوع النزاع.

وفي ضوء ذلك يبدو لنا أن صاحب هذا الرأي لم يستقر على الميعار الذي نادى به وحاول إثبات كفايته من خلال انتقاده لكافة النوايا الأخرى التي يمكن الاستناد إليها على نحو ما رأينا.

كما ذهب الآخر<sup>(٢)</sup> إلى التفرقة بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي. وانتهى إلى أن التحكيم الأجنبي هو الذي يخضع لقانون أو قواعد تحكيم أجنبية. وأن التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يخضع لاتفاقية دولية أو قواعد مركز دولي للتحكيم أو الذي يكون موضوعه نزاعا يتعلق بعلاقة دولية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن صاحب هذا الرأي قرر في موضع آخر<sup>(٣)</sup> أن المطالب الدولي للتحكيم لا يتوقف على المطالب الدولي

---

(١) انظر:

LOUSQUARN (Y.), BREDIN (J-D.), Op. Cit., P. 85, No. 71.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 114, No. 17 et SS. spéc No. 20.; les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours, 1963, P. 359.

(٣) راجع:

GOLDMAN (B.), Règles de conflit, Règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international, T.C.F.D.I.P., 1966 - 1969, Dalloz, 1970, P. 122.

للقواعد الإجرائية التي يسير بمقتضاها التحكيم أو على الطابع الدولي للمركز الدائم للتحكيم الذي يتم في كنفه، وإنما يتوقف الطابع الدولي للتحكيم على طبيعة المسألة موضوع النزاع والمتفق على تسويتها بالتحكيم. وبعبارة أخرى، يكون التحكيم دولياً - يقول صاحب هذا الرأي - عندما ينصب على نزاع يتعلق بالتجارة الدولية.

وهكذا يبدو أن صاحب هذا الرأي قد عدل عن موقفه الأول والذي أخذ فيه بمعيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وأخذ بمعيار طبيعة النزاع موضوع التحكيم وما إذا كان دولياً من عدمه. ولكن صاحب هذا الرأي لم يتوقف عند هذا الحد، ولكنه أضاف قائلاً ومع ذلك لا يمكن رفض الطابع الدولي للتحكيم الذي يجري في إطار غرفة التجارة الدولية على سبيل المثال حتى ولو كان موضوع النزاع - وهو فرض نظري - ليس دولياً<sup>(١)</sup>.

وقد ذهب فريق رابع<sup>(٢)</sup> في الفقه إلى التمييز بين التحكيم الوطني

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Règles de conflit ..., Op. Cit., P. 122.

حيث يذكر الفقيه أن:

«J'ajoute cependant qu'il ne faut pas être absolutiste dans ce domaine et refuser, si d'aventure telle hypothèse se présentait en pratique, le caractère international, par exemple, à un arbitrage qui se déroulerait sous l'égide de la chambre de commerce international, même si - mais, encore une fois, l'hypothèse est peut-être un peu théorique - la matière du litige n'était pas internationale».

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Quand un arbitrage est - international?, Rev. Arb., 1970, P. 59, Spéc. P. 60 etSS.

وللمزيد من التفاصيل راجع نفس المؤلف:

L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965,

P 16 etSS., No. 29 etSS.

والتحكيم الأجنبي والتحكيم الولي. ويرى أن التحكيم الولي هو ذلك التحكيم الذي تجتمع كل عناصره في دولة واحدة، وهي موضوع النزاع، وجنسية الأطراف والمحكمين ومحل إقامتهم، والقانون المطبق، والمكان الذي يجرى فيه التحكيم، فلو أن فرنسيين مقيمين في فرنسا أسندا تسوية نزاع ما ناشىء عن عقد أبرم في فرنسا وينفذ بالكامل فيها، إلى محكم فرنسي يفصل في هذا النزاع طبقا للقانون الفرنسي، فما لا شك فيه أن الأمر يتعلق بتحكيم فرنسي. في المقابل، يكون التحكيم أجنبيا لو اتصل أحد هذه العناصر بدولة أخرى، بحيث يمكن إسناده إلى نظام قانوني أجنبي. بينما يكون التحكيم دوليا عندما يكون مستقلا عن كل الأنظمة القانونية الوطنية بحيث يمكن وصفه بأنه تحكيم دولي حقيقي.

ومع ذلك، ذهب أصحاب هذا الرأي<sup>(١)</sup> إلى القول بأن التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي تعد تفرقة ضعيفة من الناحية العملية. ولذلك فإنه من الأفضل التمسك بالمفهوم الواسع لدولية التحكيم، بحيث يشمل التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي على حد سواء.

- ومن أخصار هذه التفرقة في الفقه المصري لنظر: د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٥٠، وملبعها. حيث يقسم التحكيم إلى ثلاثة أنواع: تحكيم وطني وهو التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى دولة واحدة، ويرى أن هذا التحكيم يكون وطنيا بالنسبة لدولة مينة وأجنبيا بالنسبة لبقية الدول، ولذلك يطلق عليه «تحكيم وطني / أجنبي». وتحكيم أجنبي وهو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي. ويرى أن الصفة الأجنبية هنا ليست المقابل للصفة الوطنية للتحكيم، وإنما هي في الواقع مرادف لدولي، ولذلك يطلق على هذا التحكيم «تحكيم أجنبي / دولي». وتحكيم دولي وهو التحكيم المنبثق بالأساس بالأنظمة القانونية الوطنية، ولذلك يطلق عليه «تحكيم دولي / ملحق».

ونظر أيضا: د. مختار أحمد بريوي: التحكيم التجاري الدولي «دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٩ وملبعها، بند ١٢. ويرى أن للتحكيم يكون داخليا «وطني» عندما يتعلق الأمر بملققة وطنية بحثة من حيث الأطراف وموضوع الملققة ومكان التحكيم، ويأخذ بميلار مكان التحكيم للتفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي، وسيلار طبيعة النزاع للتفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي من ناحية والتحكيم الولي من ناحية أخرى.

(١) راجع:

وانتهى هؤلاء إلى الأخذ بالتعريف الواسع للتحكيم الدولي. فيكون التحكيم دوليا عندما لا يخضع في كل عناصره لدولة واحدة. فالطابع الدولي للتحكيم يمكن أن يظهر إذن على مستويين: فالتحكيم يكون دوليا بموضوعه، نظرا للطابع الدولي للنزاع الخاضع له، أو يكون دوليا بإجراءاته. ويكون التحكيم دوليا بإجراءاته عند اختيار قانون أجنبي أو اللجوء إلى مركز دائم أجنبي للتحكيم وتطبيق لائحته الإجرائية. أما بالنسبة لمكان التحكيم فلا يكون دائما معبرا في هذا الصدد. وكذلك الأمر بالنسبة لجنسية المحكمين، حيث لا تكفى وحدها لإضفاء الصفة الأجنبية أو الدولية على التحكيم إذا كانت كل العناصر الأخرى تتصل بنفس الدولة. كذلك أيضا فإن اللجوء إلى سلطة قضائية أجنبية لتعيين المحكمين لا يكفى للقول بدولية أو أجنبية التحكيم. وبناء عليه يكون التحكيم دوليا أو أجنبيا بإجراءاته - طبقا لهذا الرأي- إذا كانت لها نقاط اتصال معبرة بالقدر الكافي مع أكثر من دولة أجنبية بحيث يكون من الممكن استبعاد القانون الداخلي للدولة.

وأخيرا، ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup>، إلى اعتبار التحكيم وطنيا متى كانت كل عناصر موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم وطنية ويخضع هذا التحكيم للقانون الوطني وحده. أما التحكيم الدولي الخاص فهو التحكيم الذي يهدف إلى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولي. أي المنازعات التجارية المشتتة على عنصر أجنبي. ويخضع هذا التحكيم كقاعدة عامة لسلطان إرادة الأطراف فيه. وهذا الحل هو الذي تبناه المشرع الفرنسي على نحو ما سنرى فيما بعد.

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٠ - ٦١. دولية التحكيم في القانون المصري ١٩٠٠، المرجع السابق، ص ١٦. ويمكن أن نذكر في نفس الاتجاه تقريرا، د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٢٧١ لسنة ١٩٧٩، ص ١٦. حيث يذكر أن التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص هو التحكيم في المنازعة المتصلة بملaque ذات عنصر أجنبي.



## ٢ - الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

نمت الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف عام ١٩٦١ على أنه «تطبق الاتفاقية الحالية على: أ - اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات الناشئة أو التى تنشأ عن عمليات التجارة الدولية، بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين التى يقع محل إقامتها أو مقرها فى دول متعاقدة مختلفة لحظة إبرام الاتفاق».

يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوروبية تشترط لى اكتسب التحكيم الصفة الدولية أن تكون المنازعات المراد حلها بطريق التحكيم متعلقة بالتجارة الدولية. فالمعيار الرئيسى الذى تبنته الاتفاقية لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم هو المعيار الاقتصادى أى أن يتعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية. بيد أن الاتفاقية لم تكتف بهذا المعيار وحده، بل اقتضت بالإضافة إلى ذلك توافر شرطا تكميلىا وهو أن يقع محل إقامة الأطراف أو مقرهم فى دول مختلفة وذلك لحظة إبرام اتفاق التحكيم.

ويرى بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> أن هذا المقتضى التكميلى. وهو إقامة الأطراف فى بلدين مختلفين، يكفى فى الغالب الأعم لإضفاء الطابع الدولى على التحكيم. فبذ اللحظة التى لا يقيم فيها الطرفين فى نفس البلد، فإنه من الراجح أن روابطهما التعاقدية تتضمن انتقال للأموال أو السلع أو الخدمات يتجاوز الحدود الجغرافية لدولة واحدة، أى تتعلق بالتجارة الدولية.

وفىما يتعلق بنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، فإنه يتميز لى يمرض النزاع على هيئة التحكيم التابعة للفرقة أن يكون النزاع ذا طابع

(١) انظر:

دولى، لى يشير مصالح مرتبطة بأكثر من دولة. وإثارة مصالح مرتبطة بأكثر من دولة قد تعنى الاعتماد على المعيار الاقتصادى، بيد أن النص لم يحدد هذه المصالح بكونها مالية، كما أن الاعتداد بالطابع الدولى للنزاع يقصد به فى مفهوم القانون الدولى الغالب اشتغال النزاع على لى عنصر أجنبى<sup>(١)</sup>.

هذا ولقد تبنت نفس المعيار قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى عام ١٩٧٦. إذ جاء بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨/٢١ الصادر فى ١٥ ديسمبر لعام ١٩٧٦ أن «الجمعية العامة اعترافاً منها بفائدة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية... توصى بتطبيق قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة القانون التجارى الدولى فى تسوية المنازعات الناشئة فى إطار العلاقات التجارية الدولية...».

وهكذا، فإن مجال تطبيق هذه القواعد قاصر على التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن علاقات التجارة الدولية. لى المنازعات ذات الطابع الدولى الناشئة عن علاقة متضمنة عنصراً أجنبياً أو أكثر<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة للقانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥، فقد أخذ بعدة معايير لدولية التحكيم. فقد نصت المادة (٢/١) منه على أن «يكون التحكيم دولياً: أ - إذا كان مقر عمل طرفى اتفاق التحكيم، وقت إبرام هذا الاتفاق، واقعيين فى دولتين مختلفتين لو ب - إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين: ١ - مكان التحكيم إذا كان محدد فى اتفاق التحكيم أو طبقاً له ٢ - مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة

---

(١) انظر، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، دولية التحكيم فى القانون العبرى ..... المرجع السابق، ص ٩.

(٢) فى نفس المعنى راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، دولية التحكيم فى القانون العبرى ..... المرجع السابق، ص ٩.

عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.  
ج - إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة».

يتضح من هنا النس أن التحكيم يكون دوليا - وفقا للقانون النموذجي - في حالات ثلاث هي:

**الحالة الأولى:** إذا كان مقر عمل كل من الطرفين يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.

**الحالة الثانية:** إذا كان مقر عمل كل من الطرفين يقع في دولة واحدة وقت إبرام اتفاق التحكيم، بيد أن مكان التحكيم أو المكان الذي ينفذ فيه جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة المبرمة بين الطرفين أو المكان الذي يوجد بينه وبين موضوع النزاع صلات أوثق يقع في دولة أخرى.

**الحالة الثالثة:** إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم له صلات بأكثر من دولة واحدة.

ولقد تعرض هذا النص للنقد من قبل الفقه. فقد انتقد جانب من الفقه (١) - ويحق - التحديد الذي جاء به القانون النموذجي بأنه تحديد عشوائي. إذ أنه يتناول بضعة حالات تشتمل فيها العلاقة على عنصر أجنبي دون وجود تنسيق بينها. كما أنه تحديد تحكيمي إذ يعتبر التحكيم دوليا عند اختلاف مقر عمل أطراف اتفاق التحكيم دون أن يعتبره كذلك عند اختلاف موطنهما مثلا. كما أن هذا التحديد يفتح الباب واسعا أمام الاختلاف لمعركة مدى دخول التحكيم في إطاره. من ذلك مثلا تحديد الدولة التي ينفذ فيها جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة. كذلك تحديد المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرحع السابق، ص ٥٢.

ولقد اعترض جانب آخر من الفقه<sup>(١)</sup> على إضفاء الطابع الدولي على التحكيم لمجرد تحديد مكان التحكيم في بلد أجنبي، إذ هو أمر يخضع لإرادة الأطراف وحدها وهذا ليس كافيا لمنح التحكيم الصفة الدولية.

كما انتقد كذلك حالة اتفاق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم له صلات بأكثر من دولة واحدة. لأن القول بغير ذلك معناه السماح للأطراف بالاتفاق على دولية التحكيم دون أن يكون في الحقيقة كذلك، وبالتالي السماح لهم بإضفاء الصفة الدولية على تحكيماتهم في الحقيقة داخلية مما يترتب عليه التخلص من القيود التي تفرضها التشريعات الداخلية على التحكيمات الداخلية وإخضاعها لقواعد أكثر تحمرا من القواعد التي تخضع لها التحكيمات الداخلية. وذلك معناه في نهاية الأمر أننا نجيز للأطراف، إن لم يكن النش نحو القانون *La Fraude à la loi* المختص طبيعيا، التهرب من أحكام هذا القانون وهو ما لا تبرره حاجات التجارة الدولية.

### ٣ - موقف بعض التشريعات الوطنية الحديثة:

تصدى قانون التحكيم الفرنسي الصادر في ١٢ مايو لسنة ١٩٨١ لتحديد معيار دولية التحكيم، فنصت المادة (١٤٩٢) من هذا القانون على أن «يكون التحكيم دوليا إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية». وكما هو واضح من النص، لقد أخذ المشرع بمعيار اقتصادي في تحديد دولية التحكيم. فالتحكيم الدولي هو التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. ومن ثم فإن دولية التحكيم لا تستند إلا من العلاقة موضوع النزاع. فإذا كان المقدم موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية، فإن التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات الناشئة عنه يعد تحكيميا دوليا.

ولم يعتد المشرع الفرنسي في هذا الخصوص بالمعايير القانونية وهي

(١) راجع:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int.,  
Fasc. 585-1, No. 91; La loi - type de la C.N.U.D.C.I., ...  
Op. Cit., P. 861, spéc. P. 872 et S.

جنسية الأطراف أو المحكمين أو محل إقامة كل منهم أو مكان إبرام العقد أو مكان التحكيم. فدولية التحكيم لا تعتمد على جنسية الأطراف أو المحكمين أو محل إقامة كل منهم. كما لا تعتمد على مكان التحكيم فكون الإجراءات تتم في فرنسا لا يتعارض مع الطابع الدولي للتحكيم.

الخلاصة أن العبرة في تحديد دولية التحكيم هي بكون الرابطة التعاقدية موضوع النزاع تتصل بأكثر من دولة واحدة. فمتى كانت الرابطة التعاقدية تتضمن انتقالاً للأموال أو الخدمات أو المصالح عبر حدود أكثر من دولة أو تسس اقتصاد دولتين على الأقل فإنها تتعلق بمصالح التجارة الدولية. وكذلك الأمر بالنسبة للنزاع الناشئ عنها وبالتالي التحكيم المتفق عليه لتسوية هذه المنازعات.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المعيار الذي أخذ به الشرع الفرنسي يعد أوسع نطاقاً من المعيار الذي أخذت به الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي. إذ أن القانون الفرنسي لم يشترط أن يقع محل إقامة الأطراف أو مقرهم في دول مختلفة في لحظة إبرام اتفاق التحكيم على نحو ما فعلت الاتفاقية الأوربية<sup>(١)</sup>.

وبإعمالاً لهذا النسخ، قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٤ أبريل لسنة ١٩٩٠<sup>(٢)</sup> بأنه لكي يكون التحكيم دولياً «يكفى في هذا

(١) راجع في التطبيق على هذا النسخ:

DERAINS (Y.), Sources et domaine d'application du droit Français de l'arbitrage international, D.P.A.I.F., FEDUCL, Paris, 1984, PP. 8 - 9.; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981, Clunel 1982, P. 377 et S.; Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 585-1, No. 104 et S.

Rev., Crit., 1991, P. 580.

(٢) راجع الحكم منشور في:

ويذكر الحكم بالفرنسية:

«il suffit à cet égard que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les Frontières, la Nationalité des sociétés en cause, la -

الصدد أن تتضمن العملية الاقتصادية انتقالاً للأموال أو الخدمات أو المصالح عبر الحدود. في المقابل فإن جنسية الشركات المعنية، والقانون واجب التطبيق على المقد أو التحكيم وكذلك مكان التحكيم لا يكون له أى أثر في هذا الشأن».

كما تصدى المشرع السويسرى فى قانون التحكيم الدولى الخاص الصادر عام ١٩٨٧ لتحديد معيار دولية التحكيم. فقد نصت المادة (١/١٧٦) من هذا القانون على أن «تطبق نصوص هذا الفصل على كل تحكيم إذا كان مقر محكمة التحكيم يوجد فى سويسرا وإذا لم يكن لأحد الطرفين على الأقل موطن أو محل إقامة فى سويسرا».

يستفاد من هذا النص أن تطبيق النصوص الواردة فى الفصل الثانى عشر، المتعلق بالتحكيم الدولى، يتوقف على توافر شرطين هما: الأول أن يكون مقر محكمة التحكيم فى سويسرا، أى أن يجرى التحكيم فى سويسرا. وهذا الشرط بديهى وليس فى حاجة إلى أية إيضاح أو بيان. والثانى أن يكون التحكيم دولياً وذلك إذا لم يكن لأحد طرفى اتفاق التحكيم موطن أو محل إقامة فى سويسرا وذلك عند إبرام هذا الاتفاق. والمبرة فى تحديد موطن أو محل إقامة الطرفين بوقت إبرام اتفاق التحكيم، فلو كان للطرفين محل إقامة أو موطن فى سويسرا كان التحكيم داخلياً، أما إذا كان محل إقامة أو موطن أحد الطرفين خارج سويسرا وقت إبرام اتفاق التحكيم كان التحكيم دولياً حتى ولو غير هذا الطرف محل إقامته أو موطنه فيما بعد إلى سويسرا. كما أن المبرة فى تحديد دولية التحكيم هى بكون وجود محل إقامة أو موطن أحد الطرفين فى الخارج دون إعتداد بجنسيته. فلو

- 
- loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants».

وراجع أيضاً:

- Paris, 26 Avril 1985, Rev. Arb., 1985, P. 311, Note Mezger.  
- Paris, 8 Décembre 1988, Rev. Arb., 1989, P. 111, Note. Pellierin.

كان اتفاق التحكيم مبرما بين سويسريين أحدهما متوطناً أو له محل إقامة في سويسرا، والآخر في الخارج كان التحكيم دولياً. في حين أنه لو كان اتفاق التحكيم مبرماً بين طرفين أجنبيين مقيمين في سويسرا كان التحكيم داخلياً.

ومما تجدر الإشارة إليه أخيراً أن المشرع السويسري لم يعتد بالمعيار الاقتصادي الذي تبناه المشرع الفرنسي. فكون النزاع ناشئاً عن علاقة يترتب عليها انتقال للأموال أو الخدمات أو المصالح عبر الحدود الدولية لأكثر من دولة لا يستتبع تطبيق النصوص المتعلقة بالتحكيم الدولي إذا لم يكن هذا النزاع قد نشأ بين طرفين يقيم أحدهما على الأقل خارج سويسرا.

ويرجع جانب من الفقه تفضيل المشرع السويسري لهذا المعيار إلى سببين: الأول أن المشرع السويسري قد فضل الأخذ بمعيار يتميز بالبساطة كما أنه معيار عملي بالمقارنة بمعيار الطبيعة الاقتصادية للعلاقة موضوع النزاع. الثاني أن المشرع قد أخذ في الاعتبار الواقع المتمثل في أن هناك العديد من العقود التي تبرم يومياً وبشكل لا يمكن حصره بين الشركات السويسرية والتي تثير مصالح التجارة الدولية، حيث أنه من غير المقبول إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العقود إلى نظام التحكيم الدولي لمجرد أنها تتعلق فقط بمصالح التجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

كما تصدى القانون الجزائري الجديد بشأن التحكيم رقم ٩٢ لسنة ١٩٩٢ لتحديد دولية التحكيم فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر من هذا القانون على أن «يعتبر دولياً - في حكم هذا الفصل - التحكيم الذي ينصب على منازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية. والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر في الخارج»<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في ذلك،

LALIVE (P.), Poudret (J.F.) et REYMOND, (C.), Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, Payot, lausanne, 1989, P. 292 etS.

Rev., Arb., 1993, P. 478. (٢) راجع نصوص هذا القانون منشورة في:

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري يشترط لدولية التحكيم توافر شرطين في آن واحد، الأول أن يتعلق النزاع موضوع التحكيم بمصالح التجارة الدولية، والثاني، أن يكون موطن أو مقر عمل كل من الطرفين أو أحدهما على الأقل في دولة أجنبية. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى في تحديد الصفة الدولية للتحكيم معيارا مزدوجا: أحدهما اقتصادي وهو مستمد من القانون الفرنسي والآخر، قانوني وهو مستمد من القانون السويسري<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك لا يكفي أحد المعيارين وحده لوصف التحكيم بالدولية طبقا للقانون الجزائري الحالي للتحكيم<sup>(٢)</sup>.

كما تصدى المشرع المصري في قانون التحكيم الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لتحديد معيار لدولية التحكيم، حيث نصت المادة الثالثة منه على أن «يكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

(١) راجع مع المزيد من التفصيل:

ISSAD (M.), le décret législatif Algérien du 23 Avril 1993 Relatif à L'arbitrage International, Rev. Arb., 1993, P. 379 etS.

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخامس، المرجع السابق، ص ٥٧.



وأبعا: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب - مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج - المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع».

يتضح من مدر هذه المادة أن المشرع المصرى قد تبنى نفس المعيار الذى سبق وأن تبناه المشرع الفرنسى ألا وهو المعيار الاقتصادى. فيكون التحكيم دوليا إذا ما تم الاتفاق على اللجوء إليه لحسم نزاع متعلق بالتجارة الدولية. ولكن المشرع لم يكتف بهذا المعيار الوارد فى صدر المادة المذكورة، بل أورد فى نفس المادة أربع حالات، استمد ثلاثا منها من القانون النموذجي، وهذه الحالات هي:

**الحالة الأولى:** حالة اختلاف مكان المركز الرئيسى لأعمال الطرفين. بحيث يكون لكل طرف مركز أعمال فى دولة مختلفة وذلك وقت إبرام اتفاق التحكيم. وتتوافر هذه الحالة ويكون التحكيم دوليا متى كان المركز الرئيسى لأعمال كل من الطرفين يقع فى دولتين مختلفتين دون الأخذ فى الاعتبار جنسية كل من الطرفين. فقد يكون الطرفان من جنسية واحدة، ويكون التحكيم دوليا. وقد يكون لكل منهما جنسية مختلفة، ومع ذلك لا يكون التحكيم دوليا إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل منهما يقع فى نفس الدولة. وهذه الحالة مأخوذة عن القانون النموذجي.

وقد تناول المشرع الفرض الذى تتمدد فيه مراكز أعمال كل من الطرفين، واعتد فى هذا الفرض بمركز الأعمال الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع. كما تناول الفرض الذى لا يوجد فيه مركز أعمال لأحد الطرفين، واعتد بمحل إقامته المعتادة.

**الحالة الثانية: اللجوء إلى مركز أو منظمة دائمة للتحكيم:** وملحقاً لهذه الحالة، يكون التحكيم دولياً إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى منظمة أو مركز تحكيم دائم سواء كان مقره في مصر أو في الخارج كاللجوء إلى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة أو غرفة التجارة الدولية مثلاً.

**الحالة الثالثة:** ارتباط موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم بأكثر من دولة؛ وتتوافر هذه الحالة، ويكون التحكيم دولياً إذا كان النزاع المراد حسمه بالتحكيم ناشئاً عن رابطة تعاقدية تتضمن انتقالاً للأموال أو السلع أو الخدمات عبر الحدود الجغرافية للدول، أي رابطة تعاقدية ذات طابع دولي لكونها تتجاوز حدود دولة واحدة.

وقد ذهب بعض الفقهاء (١) - ويحق - إلى أن اشتراط تعلق النزاع بالتجارة الدولية الوارد كميّار عام في صدر المادة يستوعب هذه الحالة، إذ يعني تعلق النزاع بالتجارة الدولية، أنه نزاع ناشئ عن علاقة تتعدى الحدود الجغرافية لدولة واحدة.

**الحالة الرابعة:** إذا اتحد مركز أعمال الطرفين بأن كان في دولة واحدة واتفق على أن يكون مكان التحكيم في الخارج أو كان مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة خارج الدولة التي يوجد بها المركز الرئيسى للطرفين أو كان موضوع النزاع أكثر ارتباطاً بمكان خارج هذه الدولة. وهذه الحالة تندرج ضمن الحالات الثلاث الواردة في القانون النموذجي (٢).

(١) د. مختار أحمد بريوى، المرجع السابق، ص ٢٩: "وأينما د. أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد مسير التمييز ولغيتنه بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذي عقد في فندق شيراتون القاهرة في الفترة من ١٢ - ١٤ سبتمبر ١٩٩١، ومؤتمر التحكيم التجارى الدولي الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ١٢ - ١٣.

(٢) راجع في شرح هذه الحالات: د. مسير الشرقاوى، مفهوم الدولية والتجارية وفقاً للقانون المصرى الجديد للتحكيم، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذي عقد بفندق شيراتون القاهرة في الفترة من ١٢ - ١٤ سبتمبر عام ١٩٩١، ومؤتمر التحكيم التجارى الدولي الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ٦ ومبجعا، وأينما: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٥ ومبجعا، =

وبعد أن عرضنا للنص والمعايير التي أخذ بها للدولة التحكيم، يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

١ - أن التحديد الذي أورده المشرع تحديد عشوائي إذ أنه يتناول بعض الحالات التي تشتمل فيها العلاقة على عنصر أجنبي، وحالات أخرى لا تشتمل على أى عنصر أجنبي مثل حالة الاتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيم حتى ولو كان فى داخل الدولة.

٢ - بإسكان النظر فى الحالة الثانية التي أوردها المشرع، وهي حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم فى مصر أو فى الخارج، نجد أن موقف المشرع المصرى قد يتصف بالمصادرة على المطلوب، لأنه جعل من إحدى النتائج المترتبة على وصف الدولة أساساً لثبوت هذه السفة، والمفروض أن يختص مركز التحكيم بحل النزاع لاتصافه بالطابع الدولى. لا أن يعتبر التحكيم دولياً لأن مركز التحكيم قد اختص به.

٣ - إن التحديد الذى أورده المشرع لدولة التحكيم يفتح الباب واسعاً أمام الاختلاف. من ذلك مثلاً: تحديد الدولة التي ينفذ فيها جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين، والمكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، والمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم (١).

٤ - إن صياغة نص المادة الثالثة لم تكن واضحة بالقدر الذى يمنع اللبس أو على الأقل يمنع الخلاف حول تفسيره. إذ أن نص المادة المذكورة بعد أن حدد معيار دولية التحكيم يكون موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية لأورد حالات يكون فيها التحكيم دولياً وذلك بقوله «يكون التحكيم

---

- ولينا: د. تاريسا عبقاد. اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم فى البلاد المبنية والجغرافية رقم ٧٧ لسنة ١٩٩٤، طر النسخة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ١٨٢ ومبعضها.

(١) راجع فى ذلك: مستأفنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الضام، المرجع السابق، ص ٥٦ ومبعضها، دولية التحكيم فى القانون المصرى ٢٠٠٠، المرجع السابق، ص ١١ ومبعضها.

دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية: «... وهذه الصياغة تحتمل أكثر من تفسير. ففى تفسير أول يمكن القول بأن المادة الثالثة قد تطلبت توافر شرطين لكي يكون التحكيم دوليا: الأول أن يكون موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية، والثاني أن تتوافر إحدى الحالات التي أوردتها النص ذاته. وبناء عليه لا يكفى للقول بدولية التحكيم أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية أو أن تتوافر إحدى الحالات المنصوص عليها، بل يجب أن يتوافر الشرطان معا. وهذا هو التفسير الذي يميل إليه غالبية الفقهاء<sup>(١)</sup>، من علقوا على هذا النص.

وفى تفسير ثان يمكن القول بأن النص قد تبنى ميارا واحدا فقط هو الميار الاقتصادي، أما الحالات التي أوردتها النص فليست سوى تطبيقات لهذا الميار أو مؤشرات على تحقق هذا الميار.

ونحن من جانبنا لا نميل إلى الأخذ بالتفسير الأول. وذلك لسببين: الأول أننا لو أمعنا النظر في الحالات التي أوردتها النص - باستثناء الحالة الثانية وهي حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى منظمة أو مركز دائم للتحكيم في مصر أو في الخارج - نجد أنها ليست سوى تطبيقاتا لميار تعلق النزاع بالتجارة الدولية. فما لا شك فيه أن النزاع الذي ينشأ عن علاقة تجارية مبرمة بين طرفين يقع مركز أعمال كل منهما في دولتين مختلفتين (الحالة الأولى) يتعلق بالتجارة الدولية. كذلك الأمر عندما يتصل موضوع النزاع بأكثر من دولة (الحالة الثانية). وكذلك أيضا عندما ينشأ النزاع عن علاقة تجارية مبرمة بين طرفين يقع مركز أعمال كل منهما في دولة واحدة، ولكن جانبا جوهريا من الالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة يتم

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المراجع السابق، ص ٥٧، ٥٨، وأيضا د. أكثر الغزالي، الاتجعات الملمة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ١٢ - ١٦ سبتمبر ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥، ص ٦.

تنفيذه في دولة أخرى أو أن موضوع النزاع يرتبط بدولة أخرى برابطة وثيقة (الحالة الواحدة). لأن النزاع في مثل هذه الفروض يتصل بأكثر من دولة واحدة، وبالتالي يتعلّق بمصالح التجارة الدولية.

أما السبب الثاني - ويرتبط بالسبب الأول - فإن الأخذ بهذا التفسير يجعل من الحالات التي أوردتها المشرع تردينا لا معنى له، إذ أن هذه الحالات، وعلى نحو ما رأينا الآن، ليست سوى حالات يكون فيها النزاع متعلقا بالتجارة الدولية. ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة الثانية وهي حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى مركز أو منظمة تحكيم دائمة. لأن اللجوء إلى مركز أو منظمة تحكيم دائمة لا يفيد في ذاته أن النزاع يتعلّق بالتجارة الدولية. بل لعل إيراد المشرع لهذه الحالة هو ما دفع غالبية الفقهاء - على نحو ما رأينا - إلى الأخذ بهذا التفسير والقول بضرورة توافر شرطين معا هما أن يتعلّق النزاع بالتجارة الدولية وأن تتوافر إحدى الحالات الواردة في النص. وهو ما أفصح عنه بعضهم<sup>(١)</sup>. وذلك بقوله: «وعلى ذلك فلا يكفي - إذا لم يتعلّق النزاع بالتجارة الدولية - أن يتفق الطرفان على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم في الداخل أو الخارج». ونحن نرى أن إيراد المشرع لهذه الحالة يرجع إلى اعتقاده - والذي يجانب الصواب - بأن اللجوء إلى مركز أو منظمة دائمة للتحكيم يفيد اتصال النزاع بالتجارة الدولية.

كما أننا لا نميل إلى الأخذ بالتفسير الثاني. لأن الأخذ بهذا التفسير يعني أنه يكفي لإنشاء الصفة الدولية على التحكيم أن يتوافر المعيار الاقتصادي وحده وهو أن نكون بصدد نزاع يتعلّق بالتجارة الدولية حتى وإن لم تتوافر إحدى الحالات التي نص عليها المشرع. ومفاد ذلك في نهاية الأمر اعتبار هذه الحالات واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. على نحو ما ذهب إليه بالفعل بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup>. ونحن نرى أن مثل هذا التفسير لا يتفق مع سياغة النص والتي توحي بأن هذه الحالات وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال.

(١) راجع: د. أكرم الضوئي، المرجع السابق، ص ٦.

(٢) انظر: د. علي بركات، المرجع السابق، ص ٢١.

والراجع لدينا فى تفسير هذا النص أن المشرع قد اشترط لاتصاف التحكيم بالدولية أن يكون موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية، ثم حدد بعد ذلك متى يكون النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وبالتالي يكون التحكيم المتعلق به دوليا، وبعبارة أخرى فإن المشرع بعد أن اشترط لكى يكون التحكيم دوليا أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، قد حدد المقصود بكون النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى صورة حالات نص عليها فى المادة الثالثة.

ومفاد هذا التفسير الذى نراه لنص المادة الثالثة أنه لكى يكون التحكيم دوليا وفقا للمادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى، لا يكفى أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية، بل يجب أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية حسب المفهوم الذى أخذ به المشرع ونص عليه فى هذه المادة: ونرى أن هذا التفسير هو الأقرب إلى قصد المشرع، كما أن الأخذ به يقتل من النتائج غير المقبولة التى تترتب على الأخذ بأى من التفسيرين السابق عرضهما على نحو ما سبق ذكره.

خلاصة القول أن التشريعات الوطنية التى تصدرت للفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الخاص ووضع معيار للتمييز بينهما، لم تتخذ موقفا موحدا فى هذا الشأن. ففى حين أخذت بعض التشريعات بالمعيار الاقتصادى فاشتترطت أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسى، أخذت بعض التشريعات الأخرى بمعيار قانونى يتمثل فى وقوع مقر أو محل إقامة أحد الطرفين على الأقل فى دولة أجنبية وذلك وقت إبرام اتفاق التحكيم، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع السويسرى. هنا فى حين أن قريبا ثالثا من التشريعات قد اتجه إلى الجمع بين كل من المعيارين السابقين، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجزائرى. وبالنسبة للتشريع المصرى فقد أخذ بالمعيار الاقتصادى فاشتترط أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، بيد أنه قد وضع مفهومًا خاصا به للمقصود بهذا المعيار وذلك من خلال الحالات التى نص عليها فى المادة الثالثة منه.

## رأينا الخاص:

نرى أن التحكيم ينقسم، من حيث النظام القانوني الذي يخضع له، إلى ثلاثة أنواع فقط لا رابع لها: التحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي العام، والتحكيم الدولي الخاص<sup>(١)</sup>.

١ - التحكيم الداخلي وهو التحكيم الذي يكون موضوعه حل نزاع ناشئ عن علاقة وطنية بحتة، أي علاقة تنتمي في جميع عناصرها بدولة واحدة فالتحكيم الذي يكون موضوعه حل نزاع ناشئ عن عقد إبرم في مصر وينفذ فيها بين طرفين يتتمان بالجنسية المصرية ويوجد محل إقامتهما فيها يعد تحكيميا داخليا ويخضع لأحكام القانون المصري في كل المسائل المتعلقة به بدءا من الاتفاق عليه وحتى صدور حكم التحكيم. يصرف النظر عن جنسية المحكمين أو مكان التحكيم. وإن كنا نرى أنه من الصعوبة بمكان أن يتفق الأطراف في علاقة داخلية بحتة على اختيار محكمين من جنسيات أجنبية أو اختيار مكان التحكيم في بلد أجنبي فهذه فروش نظرية بحتة أجهد الفقه نفسه في مواجهتها ومحاولة إيجاد حلا لها مما أدى إلى وقوع الكثير منهم في الحيرة والتردد على نحو ما رأينا.

كما أن التحكيم الداخلي هو ذاته ما يسمى بالتحكيم الوطني. بيد أننا نفضل استخدام اصطلاح «التحكيم الداخلي» بدلا من استخدام اصطلاح «التحكيم الوطني». لأن صفة الوطنية يقابلها في مسائل الجنسية صفة الأجنبية. ويبدو لنا أن إطلاق صفة الوطنية على التحكيم هو ما أوقع جانبنا من الفقه - على نحو ما رأينا - في اللبس وذلك بقولهم أن كل تحكيم وطني بالنسبة لدولة معينة يعد أجنبيا بالنسبة لبقية الدول. وكأننا بصد شخص يتمتع بجنسية دولة معينة فهنا الشخص يعد وطنيا بالنسبة لهذه الدولة ويعد في نفس الوقت أجنبيا بالنسبة لبقية الدول، وهو ما أدى بهم في النهاية إلى التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي من ناحية والتحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي من ناحية أخرى وهو ما لا نسلم به.

(١) في نفس هذا التقسيم انظر: أستاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٩٠ - ٩١.

٢ - التحكيم الدولي العام: ويقصد به - كما سبق أن ذكرنا - التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الدولية الناشئة بين الدول ذات السيادة وبشأن أمور تهم هذه الدول ويخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد القانون الدولي العام.

٣ - التحكيم الدولي الخاص: ويقصد به التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن الملاقات ذات الطابع الدولي وفقا للمفهوم المقرر في القانون الدولي الخاص<sup>(١)</sup>. ومن ثم يخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالتحكيم سواء القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين.

وما تجدر الإشارة إليه أن التحكيم الدولي الخاص هو ذاته ما يسمى بالتحكيم الأجنبي أو التحكيم التجاري الدولي. بيد أننا نفضل استخدام اصطلاح «التحكيم الدولي الخاص» حيث يبدو لنا أنه أكثر دلالة على المعنى المقصود.

## المبحث الثاني

### تحديد نوعية التحكيم في عقود البترول

منحت الإشارة إلى أن إخضاع المنازعات التي تنشأ عن عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول (أو الأجهزة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية للتحكيم يستلزم وجود اتفاق بين الأطراف على ذلك، وإن هذا الاتفاق قد يتخذ صورة شرط تحكيم وارد في العقد ذاته أو يتخذ صورة مشاركة تحكيم.

وفي ضوء هذه المسألة البديهية، يمكننا التأكيد على أن التحكيم الذي يتفق عليه الأطراف لحسم المنازعات التي تثور بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم يعد، بدون شك، من قبيل التحكيم الاختياري مادام أنه لم يكن مفروضا عليهم وإن إرادتهم قد اتجهت إليه وتم التعبير عنها في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة مشاركة تحكيم.

(١) سوف نعرض لهذا المفهوم في البحث التالي.



إلى جانب ذلك فإنه، باستقراء العديد من شروط التحكيم الواردة في عقود البترول، يتضح لنا أن أطراف هذه العقود غالباً ما يتفقون على اللجوء إلى ما يسمى بالتحكيم الحر. إذ غالباً ما يتفق الأطراف على أن أى نزاع أو خلاف ينشأ بينهم يتم الفصل فيه بواسطة محكمين من اختيارهم، دون اللجوء إلى هيئة أو مركز دائم للتحكيم.

ولكن إذا كان اتباع أطراف هذه العقود لاسلوب التحكيم الحر هو الوضع الغالب، بيد أنه فى بعض الأحيان، يتفق الأطراف على أن أى نزاع أو خلاف ينشأ بينهم يتم الفصل فيه بطريق التحكيم طبقاً لتواعد التحكيم السارية لدى مركز دائم للتحكيم. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢/٤٢) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس الأمريكية عام ١٩٦٢ من أن «أى نزاع ينشأ بين فيليبس والمؤسسة ... يقوم بالفصل فيه ثلاثة محكمين طبقاً للائحة التحكيم والمالحة الخاصة بالفرفة التجارية الدولية ...» (١).

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (٥٠) من العقد المبرم بين موريتانيا وشركة المعادن الموريتانية (SOMINA) من أنه تحال المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الطرفين إلى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ (٢).

وما تجدر الإشارة إليه فى هذا السدد أن عقود البترول المبرمة بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية، بعد إنشاء المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة، قد جرت على النس على حسم أى نزاع ينشأ بين الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات

(١) راجع: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب فمب، المرجع السابق، ص ٥٨٩.

(٢) انظر مع المزيد من الأمثلة:

الأجنبية بطريق التحكيم طبقا لقواعد تحكيم المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة<sup>(١)</sup>.

كما يتضح لنا أيضا من مراجعة العديد من شروط التحكيم المدرجة في عقود البترول أن الوضع النال هو أن أطراف هذه العقود يتفقون على اللجوء إلى التحكيم طبقا لقواعد القانون ويستفاد ذلك من أمرين: الأول أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يصد هذه العقود يأتي مطلقا دون أن يقتصر بتفويض المحكمين صراحة سلطة الفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف. وكما سبق أن رأينا فإن الأصل في التحكيم هو التحكيم طبقا لقواعد القانون، ولأن التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف هو الاستثناء، ومن ثم يجب أن يتفق الأطراف صراحة على الأخذ به والا اعتبر التحكيم المتفق عليه تحكما بموجب قواعد القانون. والثاني أنه في بعض الأحيان، قد يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي مثل هذه الحالات، فإن التحكيم المتفق عليه هو - بدون شك - تحكيم طبقا لقواعد القانون.

ولكن ليس معنى ذلك أن التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف لم يعرف طريقه إلى عقود البترول، فهناك بعض عقود البترول قد نصت صراحة على تفويض المحكمين سلطة الفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف من ذلك يمكن أن نذكر العقد البرم بين موريتانيا وشركي Planet Oil et Universal Corporation، في ٢٩ يوليو عام ١٩٦٦ (المادة ١٨). وكذلك أيضا العقد البرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والمؤسسة الفرنسية للأبحاث والاستكشافات البترولية والمساء ليراب في عام ١٩٦٦ (المادة ٤١)<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع على سبيل المثال: المادة ٢٢ من العقد البرم بين ج.م.ع. والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (تتبع) ١٢ مايو سنة ١٩٨٨) والمادة ٢٢ من العقد البرم بين ج.م.ع. والهيئة ..... وشركة أموكو للزيت البرم في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية العدد ٢٦ (تتبع) في ٢٠ يونيو سنة ١٩٨٨).

(٢) راجع مع المزيد من الأمثلة:

السؤال الهام الذى يشور الآن هو: تحت أى نوع من أنواع التحكيم يندرج التحكيم فى عقود البترول؟ هل يدخل فى عداد التحكيم الدولى العام وبالتالي يخضع لأحكام هذا القانون؟ وإذا كانت الإجابة بالنفى، فهل يعتبر هذا التحكيم من قبيل التحكيمات الداخلية وبالتالي يخضع للنظام القانونى للدولة التى ينتمى إليها؟ أم أن هذا التحكيم يعد من قبيل التحكيمات الدولية التى تدخل فى إطار القانون الدولى الخاص ومن ثم تثير المسائل المتعلقة به تنازع القوانين وبالتالي يتعين تحديد القانون واجب التطبيق بشأنها؟

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغى أن نتعرض أولا لمدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيميا دوليا عاما، ثم نعرض ثانيا لمدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيميا داخليا أم تحكيميا دوليا خاصا.

**أولا: مدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيميا دوليا عاما:-**

ذهب رأى فى الفقه<sup>(١)</sup>، وكذلك بعض أحكام التحكيم<sup>(٢)</sup>، إلى القول بأن هذا التحكيم يعد تحكيميا دوليا بالمعنى الدقيق، أى تحكيميا من التحكيمات التى تدخل فى نطاق القانون الدولى العام، ومن ثم يخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولى العام.

بيد أن هذا القول مردود ولا يمكن الأخذ به، فإذا كان صحيحا أن هناك أوجه شبهة بين هذا النوع من التحكيم والتحكيم الدولى العام، إذ أن الدولة قد تكون طرفا فيه، كما أن الأطراف قد يتفقوا على أن يتم تعيين المحكمين بواسطة جهة دولية مثل محكمة العدل الدولية، أو يتفقوا على تطبيق القانون الدولى، بيد أن ذلك لا يكفى لاعتبار هذا التحكيم تحكيميا

(١) انظر:

CATTAN (H.), the law of oil concession in the Middle East and North African, 1967, P. 152.

مشار إليه عند د. أحمد عبدالمعيد عشوش، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(٢) سوف نعرض لهذه الأحكام فى الفصل الأول (من الباب الثنى) المتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

دوليا عاما<sup>(١)</sup>. وذلك لسببين: الأول أن التحكيم الدولي العام هو ذلك التحكيم الذي يحدث بين دولتين ذاتي سيادة، أي بين شخصين قانونيين مستقلين يخضعان في علاقتهما للقانون الدولي العام. وكذلك أيضا التحكيم الذي يجري بين المنظمات الدولية أو بين إحدى المنظمات الدولية وإحدى الدول<sup>(٢)</sup>. ومعنى هذا أن التحكيم الدولي العام قاصر على التحكيم الذي يجري بين أشخاص القانون الدولي العام، ولا يشير من هذه الحقيقة مجرد كون أحد طرفي التحكيم دولة ذات سيادة. فهذا الأمر لا يكفي لكي يضمن على التحكيم صفة التحكيم الدولي العام<sup>(٣)</sup>.

فمجرد كون الدولة ذات السيادة (أو أحد فروعها) طرفا في علاقة اقتصادية مع شركة خاصة لا يرفع التحكيم المتفق عليه بين الطرفين إلى

---

(١) انظر:

BASTID (S.), L'arbitrage international, J-Cl. Dr. Int., Fasc. 245, No. 3.

حيث تذكر أن:

«bien que le compromis ou la clause compromissoire puisse prévoir l'application des règles de droit international, les arbitrages entre un État ou une administration publique et une personne moral étrangère ... ne sont pas des arbitrages internationaux à proprement parler».

(٢) راجع:

BASTID (S.), L'arbitrage ..... Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., Fasc. 242, No. 2.

حيث تذكر بالفرنسية أن:

«L'arbitrage international proprement dit intervient entre deux États souverains, C'est - à - dire entre deux entités indépendantes dont les rapports sont régis par le droit international public. Il faut en rapprocher l'arbitrage entre organisations internationales ou entre organisation international et État».

(٣) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ١٧٢.

مصاف التحكيم الدولي العام ولا ينفي عن هذا التحكيم طابعه التجاري حتى وإن مارست هذه الدولة بعض امتيازاتها السيادية<sup>(١)</sup>.

ولقد حرصت على تأكيد هذا المعنى اتفاقية لاهي بشأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية والمبرمة عام ١٩٠٧، فقد نصت المادة (٢٧) على أن: «التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات بين الدول، بواسطة قضاة من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون. ويتضمن اللجوء إلى التحكيم تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية»<sup>(٢)</sup>. وأهم ما يستفاد من هذا النص أن التحكيم الدولي العام أطرافه الدول، وأن موضوعه تسوية المنازعات الدولية التي تنشأ بين هذه الدول.

أما السبب الثاني فيتمثل في أن اعتبار التحكيم في عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو أجهزتها)، والشركات الخاصة الأجنبية تحكيميا دوليا عاما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. فمن الصعوبة بمكان الاعتراف لمحاكم التحكيم التي تشكل للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Ci, Dr. int., Fasc 585-1, No. 65.

حيث يذكر أن:

«La présence d'un seul État (ou de son émanation), dans une relation économique ou il est opposé à une entreprise que a agi comme opérateur du commerce international n'enlève pas à l'arbitrage qui en résultera son caractère commercial, même si cet État a exercé ou prétend exercer, à cette occasion, certains de ses prérogatives souveraines».

(٢) راجع: د. إبراهيم المنقري، اللجوء إلى التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص ٩. وقد ذكر النص بالفرنسية:

«L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États, par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence».

المقود بوصفها محاكم دولية بالمعنى الدقيق. كما يصعب الاعتراف لأحكام التحكيم التي تصدر عنها في المنازعات الناشئة عن عقد بترول مبرم بين دولة (أو شخص عام تابع لها) وشركة أجنبية بوصفها أحكاما دولية حقيقية. فهذه المحاكم لم تشكل للفصل في منازعات ناشئة بين دولتين ذاتي سيادة. كما أن أحكام التحكيم الصادر عنها لم تصدر في نزاع قائم بين دولتين. بل تصدر في نزاع قائم بين دولة أو أحد أجهزتها من ناحية، وشركة خاصة أجنبية من ناحية أخرى.

محمل القول إذن أن التحكيم في عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو الأجهزة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية لا يمكن اعتباره بمثابة تحكيم دولي عام يخضع لأحكام القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>.

ولكن إذا كان التحكيم في عقود البترول لا يعد بمثابة تحكيم دولي عام، فإن التساؤل الذي يثور: هو تحت أي نوع من أنواع إذن يندرج هذا التحكيم. هل يمكن النظر إليه على أنه بمثابة تحكيم داخلي أم أنه يعتبر تحكيميا دوليا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه الآن.

---

(١) انظر في نفس المعنى: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ١٧٢، وانظر في نفس المعنى بالنسبة للتحكيم في العقود المبرمة بين الدول أو الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة بصفة عامة:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage .... Op. Cit., J-Cl., Dr. Int., Fasc. 585-1, No. 59 et S. Spéc No. 64 et 65.; DEHAUSSY (J.), Op. Cit., P. 152, No. 119 et 120.

وأيضا:

GOLDMAN (B.), Les conflits de lois .... Op. Cit., P. 356.

حيث ذكر عند تقديمه لطلاق التحكيم الدولي في مسائل القانون الخاص أن: «On resterait dans ce domaine pourvu que l'une au moins des parties ne fut pas un État Souverain».

وأيضا:

LEDUCQ (X.), Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une entreprise privée étrangère. Thèse. Rouen, 1981, P. 370.

## ثانياً: مدى اعتبار التحكيم في عقود البترول تحكيمياً داخلياً أم تحكيمياً دولياً خاصاً:

رأينا فيما سبق أن التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات الداخلية المحضة، وأن التحكيم الدولي الخاص هو التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات المصالح الدولية وفقاً للمفهوم المقرر في القانون الدولي الخاص.

في ضوء هذا التحديد المتقدم، هل يتعين النظر إلى التحكيم في عقود البترول على أنه تحكيم داخلي وذلك على أساس أن المنازعات موضوع هذا التحكيم والناشئة عن عقود البترول تعتبر منازعات ناشئة عن علاقات داخلية محضة، وبالتالي يخضع هذا التحكيم للنظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة أم أن هذا التحكيم، على العكس، يتعين النظر إليه على أنه بمثابة تحكيم دولي خاص على أساس أن المنازعات الناشئة عن عقود البترول تعتبر منازعات ناشئة عن علاقات ذات مصالح دولية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد ما إذا كان عقد البترول يعد عقداً داخلياً أم أنه يعد من العقود ذات المصالح الدولية وفقاً للمفهوم المتبع في نطاق القانون الدولي الخاص. وهنا ما يقتضيه بدوره التعرف على معيار المقعد الدولي ومدى انطباقه على عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية.

وفي هذا الصدد، يمكن التأكيد بداية على أنه عندما يرتبط المقعد في جميع عناصره بدولة واحدة، فإن هذا المقعد يعتبر من المقعد الداخلية، ويخضع بالتالي لأحكام القانون الداخلي لهذه الدولة. فالمقعد الذي يتم إبرامه في دولة معينة بين طرفين يستعان بجنسية هذه الدولة ويقع فيها، كما يتم تنفيذه على إقليم هذه الدولة، يعتبر، بدون شك، عقداً داخلياً<sup>(١)</sup>.

ولينا:

BOISSESON (DeM.), le droit Français de l'arbitrage interne et international, Joly, Paris, 1991, PP. 421 - 422.

(١) انظر أيضاً الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩١ - ١٩٩٢، ص ٥٩٧.

بيد أن الصعوبة تدق، والخلاف يثور، بالنسبة للعقد الذي لا يرتبط في جميع عناصره بدولة واحدة، أي العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر. بأن كان العقد قد أبرم في دولة أجنبية أو كان من المقرر تنفيذه فيها أو أبرم بين طرفين يتبع أحدهما على الأقل بعنصرية دولة أجنبية أو يقيم فيها. فهل هذا العقد يمكن النظر إليه على أنه بمثابة عقد ذي طابع دولي لم يتعين النظر إليه على أنه عقد داخلي؟ وبعبارة أخرى ماهو المعيار الواجب الإلتباع لتحديد دولية العقد كشرط لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص؟

لقد اختلف الفقه بشأن المعيار الواجب الإلتباع لتحديد دولية العقد. ويمكننا في هذا الصدد التمييز بين معيارين هما: المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي.

طبقا للمعيار القانوني، والمستقر لدى الفقه التقليدي، فإن العقد يعتبر دوليا إذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من دولة. وعلى ذلك يعد العقد دوليا متى كان أحد أطرافه على الأقل أجنبيا أو كان مستوطنا في الخارج. ويعد العقد دوليا كذلك متى كان قد أبرم أو نفذ في دولة أجنبية<sup>(١)</sup>.

بيد أن جانباً من الفقه<sup>(٢)</sup> يرى عدم التسوية بين العناصر القانونية للعلاقة، وذهب إلى التفرقة بين العناصر المؤثرة والعناصر غير المؤثرة أو المعايدة في العلاقة. فإذا ما اشتمل العقد على عنصر أجنبي غير مؤثر فإن ذلك لا يكفي لتوافر السفة الدولية للعقد.

---

(١) انظر مع المزيد من التفصيل: استاذنا الدكتور هشام على سائق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٩. ومليحه، بند ٤٦ ومليحه. ولينا استاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع المذكور أعلاه نفس الموضع.

(٢) راجع في ذلك: د. هشام سائق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٦١ ومليحه، بند ٤٨ ومليحه. ومن أنصار هذا الرأي انظر: د. أحمد سائق التثري، الإلتفات الحديثة في تبين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد ٢١، ١٩٦٥، ص ٦٢ خصوصا ص ٧٦ ومليحه.



ويشير أصحاب هذا الرأي إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها أساسا لإلغاء الطابع الدولي على هذه العقود. وعلى ذلك فإن الأجنبي الذي يشتري سجانر أو جريدة يبرم عقدا من عقود القانون الداخلي، ذلك أن جنسيته عنصر سلبي غير مؤثر في تكييف الرابطة العقدية، وبالتالي تسرى أحكام القانون الداخلي ابتداء حتى فيما يتعلق بأهليته<sup>(١)</sup>.

ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، ونرى مع جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> أن جنسية المتعاقد في الأمثلة التي عرضها أصحاب الرأي السابق ليست هي التي تعتبر عنصرا سلبيا لا يؤثر في تكييف الرابطة العقدية بل إن تفاعلة قيمة المعاملات السابقة هي التي تعد كذلك. ونرى أن المعاملات النتهية القيمة كما هو الحال بالنسبة لعملية شراء السجانر أو الجرائد، من غير المتصور أن يشور بشأنها نزاعا أمام القضاء، وبالتالي لن تكون هناك حاجة أصلا للبحث عن ما إذا كانت هذه المعاملات دولية لم داخلية.

ومجمل القول أنه طبقا للمعيار القانوني فإن العقد يعتبر دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي.

وطبقا للمعيار الاقتصادي<sup>(٣)</sup> فإن العقد الدولي هو العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي العقد الذي يترتب عليه انتقال للأموال عبر حدود أكثر من دولة.

ولقد ذهب جانب من الفقه<sup>(٤)</sup>، ويعق، إلى أن المعيار الاقتصادي

(١) انظر: د. أحمد صادق القشيري، الاتفاقات الحديثة .... المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجاب وتنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

(٣) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص ٨٦ ويليها، بند ٩٥ ويليها.

(٤) انظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص ٨٤، بند ٩٥ مكرر. ومع ذلك يرى سيادته أنه إذا كان توافر المعيار الاقتصادي يضمن لزوما إلى تحقق المعيار القانوني لدولية العقد فإن العكس غير صحيح. إذ قد =

لدولية العقد لا يتعارض بالتطلع مع المعيار القانوني. ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى، والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية على هذا النحو، وهو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدوليتها، هي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد توافق المعيار القانوني في نفس الوقت.

على أية حال وأيا كان المعيار الواجب الاتباع سواء أكان المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي. فإنه يبدو لنا أن عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية. تعتبر، طبقاً لأي من هذين المعيارين المذكورين، من العقود ذات الطابع الدولي التي تدخل في إطار القانون الدولي الخاص.

فمن ناحية أولى، فإن عقود البترول تشتمل على عنصر أجنبي. ويشتمل هذا العنصر في جنسية الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة (أو أحد الأجهزة التابعة لها). فقد سبق أن رأينا - عند دراسة أطراف عقد البترول - أن هذه العقود غالباً ما تبرم بين الدول المنتجة للبترول أو الأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية. وعلى ذلك تعتبر عقود البترول عقوداً ذات طابع دولي إعمالاً للمعيار القانوني.

ومن ناحية ثانية، فإن عقود البترول تتعلق بمصالح التجارة الدولية. إذ يترتب على هذه العقود، بدون شك، انتقال للأموال أو البضائع أو السلع عبر الحدود الجغرافية لأكثر من دولة. فقد سبق أن رأينا أن الشركات الأجنبية المتعاقدة لها الحق في استيراد كل ما تحتاج إليه من معدات وآلات وأجهزة وغيرها من السلع اللازمة لتنفيذ العمليات موضوع العقد. كما أن لها

---

- تكسب الرابطة العقدية طابعاً دولي وفقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة. ويحدث ذلك في كافة الفروض التي تنطرق فيها الصفة الأجنبية إلى عنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية، كما هو الشأن بقضية لنصر الجنسية في عقود العملات المالية. فنظر نفس المراجع المذكور، ص ٨٨، بند ١٦.

الحق في تصدير البترول المنتج ومشتقاته وفقا للمعدلات والنسب المنصوص عليها في المبدأ. هنا إلى جانب الأهمية الاقتصادية للثروة البترولية محل التعاقد على نحو ما سبق بيانه. وعلى ذلك، تعتبر عقود البترول هذه عقودا ذات طابع دولي إعمالا للمعيار الاقتصادي لدولية المبدأ.

النتيجة التي يمكن أن نصل إليها من ذلك كله هي أن التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود يعتبر تحكما موضوعه تسوية منازعات ناشئة عن علاقة تتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي تحكيم دولي يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص<sup>(١)</sup>. ومن ثم فإن هذا التحكيم يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالتحكيم سواء القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين، وذلك على نحو ما سنرى أثناء هذه الدراسة.

---

(١) انظر في نفس النتيجة بالنسبة للعقود المبرمة بين الدول (أو الأشخاص المماثلة) والأشخاص الخاصة بصفة عامة:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, Dr. int., Fasc 585-1, No. 59 etS.; QUND un arbitrage ... Op. Cit., P. 60. GOLDMAN (B.), les conflits de lois ... Op. Cit., P. 356.; BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., PP. 421 - 422.; LEDUCQ (X.), Op. Cit., P. 370.



## الفصل الثاني

### العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول

#### تمهيد وتقسيم:

يشور التساؤل عن العلاقة التي تربط بين عقد البترول الذي يثار بمناسبة النزاع وبين الاتفاق على التحكيم بصدده. وما إذا كانت هذه العلاقة علاقة تبعية أم علاقة استقلال، والآثار المترتبة على هذه العلاقة.

وتبرز الحاجة إلى بحث مسألة العلاقة بين العقد واتفاق التحكيم والآثار التي تترتب عليها في فرضين: فقد تثار هذه المسألة - وهو الوضع الغالب - عند التسك ببطلاق العقد أو فسخه أو انقضاءه. ففى هذا الفرض يشور التساؤل عن مدى تأثير اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد من أسباب البطلاق أو الفسخ أو الانقضاء، فهل يمتد البطلاق أو الفسخ أو الانقضاء إلى اتفاق التحكيم أم أنه يظل ببناءى عن ذلك<sup>(١)</sup>.

كما تثار مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد في فرض معاكس للفرض الأول، وذلك عندما يتسك أحد الأطراف بعدم صحة اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه. وفى هذا الفرض يشور التساؤل عن مدى تأثير العقد بما لحق اتفاق التحكيم من بطلان<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في نفس المعنى:

Lalive (P): Problèmes relatives à l'arbitrage ..... Op. Cit., PP. 591, 592., David (R), L'arbitrage dans le commerce international, economica, Paris, 1982, P. 265, No 209.

ونظير أيضا: د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولي، محاضرات أقيمت على طلبه الدراسات العليا فى القانون الخامس، حقوق القاهرة، ٧٢ - ١٩٧٩، ص ١١٨، بند ١١٧. د. سمية رashed، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٥٧. د. حفيظة العبداء، الاتجعات الممارسة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجلسي، الإسكندرية، ص ٢١.

(٢) د. سمية رashed، التحكيم فى العلاقات ..... المرجع السابق، ص ٥٧. د. حفيظة العبداء، الاتجعات الممارسة ..... مرجع سابق، ص ٢١.

فلو أن عقد البترول يتضمن لشرط التحكيم امابه أحد أسباب البطلان أو لحق به أحد أسباب الفسخ أو الإنقضاء، فهل يمتد هذا البطلان أو الفسخ أو الإنقضاء بالضرورة إلى شرط التحكيم الذي يتضمنه. والعكس أيضا، فلو أن شرط التحكيم الوارد في عقد البترول قد لحق به البطلان بسبب خاص به، فهل يؤثر بطلان شرط التحكيم على صحة هذا العقد؟

إذا قيل بأن العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول الذي يتضمنه أو يتعلق به علاقة تبعية فمعنى هذا أن اتفاق التحكيم يتأثر بما قد يصيب عقد البترول الوارد فيه أو المتعلق به من أسباب البطلان أو الفسخ أو الإنقضاء. وإذا قيل باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي اتفق على اللجوء إلى التحكيم بصدده، فمعنى ذلك أن أسباب البطلان أو الفسخ أو الإنقضاء التي قد تلحق بالعقد لا تؤثر على اتفاق التحكيم.

قد يبدو من المنطقي القول بأن شرط التحكيم الوارد في العقد يتأثر حتما بما قد يلحق بالعقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الإنقضاء، وذلك على أساس أن هذا الشرط يعد جزءا لا يتجزأ من العقد. بيد أن الأمر ليس بهذه البساطة، فالمقد الواحد يمكن أن يكون باطلا في جزء منه وصحيحا في جزء آخر، على نحو ما هو معروف في فقه القانون المدني بنظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية<sup>(١)</sup>.

وفي الواقع أن العقد المدرج به شرط للتحكيم ينطوي على اتفاقين في نفس الوقت، أحدهما وهو العقد، ويعنى بتحديد حقوق والتزامات الأطراف، والآخر وهو الاتفاق على التحكيم، ويهدف إلى تسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ وتفسير العقد<sup>(٢)</sup>. فشرط التحكيم، على

(١) انظر:

Forssius (G.), L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois, Rev. arb., 1955, P. 16.

(٢) انظر:

Forssius (G.), Op. Cit., P. 160 - aussi, Fouchard (Ph.) L'arbitrage comercial international, Op. Cit., P. 67, No. 114.

حيث يذكر أن:

«La clause compromissoire, Véritable contrat dans un contrat ...»

حد قول بعض الفقهاء. هو عبارة عن شرط يتولى تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع Une clause attribution de compétence (١).

وإذا أخذنا في الاعتبار وظيفة وموضوع شرط التحكيم، وهو حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد، أو بتعبير أدق عن بقية شروط العقد، فإن ذلك يؤدي بنا إلى القول بالطابع المستقل والتميز لشرط التحكيم، وذلك على الرغم من الصلة المادية المحضة التي تربطه بالعقد (٢).

على أية حال، وأيا كانت المبررات التي يمكن أن تثار في هذا الصدد، فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الذي يتضمنه أو يتعلق به والآثار المترتبة عليه، يعد حالياً من المبادئ المستقرة في مسائل التحكيم الدولي الخاص، ونعرض تباعاً لبداً الاستقلال ذاته، ثم للآثار المترتبة عليه كل في بحث مستقل، وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.**

**المبحث الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.**

---

(١) Forssius (G), Op.Cit., P. 16.

(١) انظر:

(٢) انظر كلاً من:

Lalive (P.), Problèmes relative ..... Op. Cit., PP. 591 - 592.

Klein (F.E.), Du caractère autonome et procedural de la clause compromissoire, dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal, Rev. Arb., 1961, P. 51. et, Rev. Crit., 1961, P. 507.

حيث يذكر أن:

«En raison du rôle essentiel revenant alors à la clause compromissoire il nous semble certain que c'est au contraire l'indépendance de cette clause qui doit être régulièrement présumée».

## المبحث الأول

### مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

إن دراسة مسألة استقلال اتفاق التحكيم تتطلب التعرض لموقف كل من الاتفاقيات الدولية والتوانين الوطنية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. ثم موقف أحكام التحكيم من هذا المبدأ. وهذا ما سنعرض له تباعاً.

#### أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية:

لم يتضمن كل من بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٢، واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧، واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١، بشأن التحكيم التجاري الدولي، أى نص يقرر صراحة استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي المتعلق به.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى القول بأن اتفاقية نيويورك قد قننت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي. واستند فى ذلك إلى ما تضمنته المادة الثانية من الاتفاقية من قواعد تعنى بالزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التى اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، وإحالتهم إلى التحكيم للفصل فيها.

ويبدو لنا أن مثل هذا التفسير للمادة الثانية من اتفاقية نيويورك يمد تفسيراً مغالاً فيه، حيث أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. وإذا كان نص المادة الثانية، التى نحن بصدها، قد أوجب على الدول الأعضاء الاعتراف باتفاق التحكيم، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التى اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، بيد أنها لم تتضمن أية إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق فى حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه. وبمعنى آخر فإن هذه المادة لم تتضمن أى بيان بشأن

(١) انظر: د. سامية رشيد، التحكيم فى العلاقات ..... المرجع السابق، ص ١٩٦، ومبمعها، بند ٨٨ وما بعده.



مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن المقد الأعلى وعدم تأثره بها قد يلحق بهذا الأخير من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء<sup>(١)</sup>. وهنا ما أقر به أنصار هذا الرأي بقولهم أن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، وإن لم تكن قد تعرضت صراحة لبداً استقلال اتفاق التحكيم وآثاره القانونية، إلا أنها أعطته قوة لم تكن له من قبل<sup>(٢)</sup>.

كما ذهب جانب آخر من الققه<sup>(٣)</sup>، إلى القول بأنه يمكن أن نستخلص من المادة (١/٥ أ) من هذه الاتفاقية، والتي تنص على أنه يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا استلزم الملوف التسك ضده بالحكم أن يقدم الدليل على أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحاً طبقاً للقانون المختار من قبل الأطراف أو قانون البلد التي صدر فيها الحكم في حالة عدم وجود أى بيان من قبل الأطراف في هذا السدد، إن اتفاقية نيويورك تقر إمكانية إضناع اتفاق التحكيم إلى قانون مختلف عن ذلك الذي يحكم المقد الأعلى، ومن ثم تكون الاتفاقية قد قبلت ضمناً الاعتراف لاتفاق التحكيم بنظام قانونى مستقل، وبالتالي قبول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن المقد الأعلى.

ويبدو لنا أن تفسير المادة (١/٥ أ) من اتفاقية نيويورك<sup>(٤)</sup> على هذا النحو المتقدم يعد تفسيراً غير مقنع. حيث أن هذا النص يتعلق بعالات

(١) انظر في نفس المعنى: استأثنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٩٨ - ٩٩.

(٢) راجع د. سمية راشد، التحكيم في العلاقات ..... المرجع السابق، ص ١٦١، بند ١١٠٢.

(٣) انظر في هذا الرأي:

Goldman (B.), Arbitrage .... Op. Cit., J-Cl, Dr. Int., Fasc 586-1, NO 21.

(٤) راجع في تفسير هذا النص استأثنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٩٦ وملبعها، وانظر لسيادته أيضاً تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٧، ١٩٨١، ص ٥٠ وملبعها.

رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه وإذا كان قد عرض لمآلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو أمر طبيعي لأن اتفاق التحكيم يمثل جوهر التحكيم وبالتالي أساس حكم التحكيم نفسه، فإنه لم يتضمن أى بيان بخصوص القانون الذى يحكم العقد الأسمى حتى يمكن القول بأن اتفاقية نيويورك قد أقرت مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأسمى فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يحكمه.

كذلك أيضا لم تتضمن الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجارى الدولى، والتي تم التوقيع عليها فى جنيف فى ٢١ ابريل ١٩٦١ نصا يقرر سراحة استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأسمى. ومع ذلك ذهب جانب من الفقه (١) إلى القول بأن نص المادة (٢/٥) من هذه الاتفاقية، والذي يعطى للمحكم سلطة الفصل فى اختصاصه، وفى وجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذى يعد اتفاق التحكيم جزءا منه، لا يكرس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بشكل مضمي فقط من خلال تكريسه لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، بل أن هذا النص يؤكد أيضا على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك بنصه على أن للمحكم سلطة الفصل فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذى يتضمنه وهو ما مضمي أن وجود أو صحة كلا منهما تقدر على نحو منفصل.

- ونظير أيضا د. عام الدين القصير، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولى الاتفاقي والقانون المقارن، بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى للتحكيم التجارى الدولى والذي عقد بفندق فيلتون ريسيس فى ١٩٩٥/٧/١، ص ١٨ وملاحقها.

(١) نظير:

Goldman (B): Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc. 586-1, No 23.

حيث ذكر أن:

«Cette disposition ne consacre pas l'autonomie de la convention d'arbitrage de manière seulement implicite. Par la consécration expresse de la Kompetenz Kompetenz, on peut penser qu, elle la confirme aussi en prévoyant que l'arbitre a le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de convention d'arbitrage ou du contrat principal, ce qui signifie que l'existence ou la validité sont appréciées séparément pour ces deux contrats».

ويبدو أن هنا التفسير متالا فيه. ويقوم على الخلط بين مبدأين مستقلين هما: مبدأ الاختصاص بالاختصاص. ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي. حيث أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعني أن يكون من سلطة المحكم الفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه. سواء كانت المنازعة في اختصاصه تنصب على وجود اتفاق التحكيم أو صحته. أو على وجود العقد الأصلي أو صحته. بينما معنى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بما قد يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء. فاتفاق التحكيم يظل صحيحا وناظدا حتى وإن كان العقد الأصلي باطلا أو تم فسخه أو انتقضاؤه.

وبعد هذا الايضاح المتقدم. يمكننا التأكيد على أن البادة الخامسة (الفقرة الثالثة) من هذه الاتفاقية تتعلق فقط بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. ولذلك كان طبيعيا أن ترد تحت عنوان عدم الاختصاص التحكيمي «*déclinatoire de compétence arbitrale*». ولم تتضمن أى بيان بشأن استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي. وإذا كانت هذه البادة قد حرست على النص صراحة على اختصاص المحكم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذى يتضمنه. فذلك يعد تدعيما وتأكيدا لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه فى مثل هذه الأحوال. وليس تقريراً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذى يتضمنه.

كما يبدو أيضا أنه من غير الممكن أن نستخلص من النص على اختصاص المحكم بالفصل فى مسألة وجود أو صحة العقد أنه يقرر فى نفس الوقت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فلو أن واضع النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى النص ما يفيد بأن المحكم. إلى جانب أن له سلطة الفصل فى مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي. يظل مختصا حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه على نحو ما فعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية كما سئرى. ففى هنا الفرض فقط كان من الممكن القول بأن النص يقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير والموقعة في واشنطن في ١٨ مارس ١٩٦٥، والتي أنشأت المركز الدولي لقض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لم تتضمن نصا يؤكد سراحة على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه المقد الأصلي.

وعلى عكس الاتجاه الذي اتخذته الاتفاقات الدولية والتي لم تنص سراحة على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن المقد الأصلي. فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم قد أخذت به ونصت عليه سراحة العديد من القوانين الوطنية. وكذلك أحكام القضاء الوطني. وهو ما نعرض له الآن.

#### ثانيا: موقف القوانين الوطنية:

أخذت معظم التشريعات الحديثة التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن المقد الأصلي. ولقد جاء القانون المصري الجديد للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مبرا في هذا الخصوص. فقد نصت المادة (٢٢) من هذا القانون على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط المقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان المقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه. إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته».

وكما هو واضح من النص، فإن المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد لم يكتف بالنص سراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم ذاته. بل حرص كذلك على النص سراحة على عدم تأثر شرط التحكيم بما قد يلحق المقد الأصلي الوارد فيه من بطلان أو فسخ أو إنهاء. وهي أحد الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. وبذلك يكون المشرع المصري قد وضع حدا للخلاف<sup>(١)</sup>، الذي كان سائدا حول مدى استقلال شرط التحكيم عن المقد الوارد فيه.

(١) راجع في ذلك الخلاف، د. سمية راشد، التحكيم في المرافعات، ..... المرجع السابق، ص ١٧٠ ومبجها، بند ٩١ ومبجها، وكذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٩٢، ٩١.

وقد سار في نفس الاتجاه أيضا قانون التحكيم الصادر في إقليم الكيبيك Quebec بكندا في عام ١٩٨٦، حيث نصت الفقرة الخاصة من المادة (١٩٢٩) من هذا القانون على أن «يعد اتفاق التحكيم الوارد في العقد اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، كما أن تقرير المحكمين بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم»<sup>(١)</sup>.

وكذلك الأمر أيضا بالنسبة للقانون الأيرلندي الجديد بشأن التحكيم الصادر في عام ١٩٨٨، حيث حرصت المادة (١٠٥٣) منه على إبراز أن اتفاق التحكيم يعد اتفاقا مستقلا عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به، وذلك قبل أن تعترف لمحكمة التحكيم بالسلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم، وذلك بنصها على أن «يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة اتفاق مستقل، ولمحكمة التحكيم سلطة الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم جزءا منه أو مرتبطا به»<sup>(٢)</sup>.

وإلى جانب التشريعات السابق بيانها، والتي نصت على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم على نحو مباشر، فإن هناك بعض التشريعات الحديثة قد نصت على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، بشكل غير مباشر، وذلك من خلال

(١) فقد جاء في نص هذه الفقرة:

«Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage».

انظر في ذلك:

Thuilleaux (Sabine), La loi de 1986 Sur l'arbitrage au Quebec, R.D.A.I., 1988, P. 905 et S.S. Spéc. P. 924.

(٢) فقد نصت المادة على أن:

«La convention d'arbitrage est considérée et jugée comme constituant une convention autonome. Le tribunal arbitral a le Pouvoir de statuer sur la validité du contrat principal dont la convention d'arbitrage fait partie ou à laquelle elle se rapporte».

راجع نصوص ما يتقون منشورة في:

Rev. Arb., 1988, P. 349.

تأكيدا على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الوارد فيه، وهو ما يعد بمثابة إقرار لمبدأ استقلالية شرط التحكيم تجاه العقد الذي يتضمنه. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخاص الصادر في عام ١٩٨٧، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٧٨) من هذا القانون على أنه «لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بدعوى أن العقد الأصلي ليس صحيحا»<sup>(١)</sup>. وكذلك قانون التحكيم الجزائري الجديد الصادر في ٢٥ أبريل ١٩٩٢، والذي نصت المادة ٤٥٨ مكرر (١) منه على أنه «لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بالاستناد فقط على عدم صحة العقد الأصلي»<sup>(٢)</sup>.

وفي نفس الاتجاه يمكن أن نذكر أيضا المادة الثامنة من قانون التحكيم الأسباني الجديد رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٨، فقد نصت هذه المادة على أن

---

(١) فقد جاء في نص هذه الفقرة أن:

«La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable».

انظر:

Lalive (P.), Poudret (J.F.), et Reymand (C.) Op. Cit., P. 312.

وانظر أيضا:

Lalive (P.) et Gaillard (E.), Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, Clunet 1989, P. 905 etSS, Spéc. P. 930.

(٢) ويقول النص بالفرنسية:

«La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contesté pour le seul motif que le contrat principal ne serait pas valable».

راجع نصوص هذا القانون منشور في:

Rev. arb. 1993, P. 478 etS.

وفي التطبيق على هذا القانون انظر:

Issad (M.), Le décret législatif —, Op. Cit., P. 377 etSS, Spéc. P. 387.

«بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به»<sup>(١)</sup>.

وإذا كان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به قد نمت عليه سراحة معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم على نحو ما رأينا، فإن هذا المبدأ قد أقره القضاء في العديد من الدول الأخرى.

ففي فرنسا مثلاً، جاء قانون التحكيم الصادر في ١٢ مايو لعام ١٩٨١ والخاس بالتحكيم الدولي خالياً من أي نص يقرر الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. بيد أن تقرير رئيس الوزراء المتعلق بهذا القانون قد أوضح أن النصوص الجديدة بشأن التحكيم الدولي لا تتعلق إلا بالإجراءات ولا تنال من المبادئ التي أرستها محكمة النقض فيما يخص النظام القانوني للتحكيم الدولي. وبصفة خاصة فيما قنت به من حيث استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثيره ببطلان العقد الأصلي<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في قضية Gosset الصادر في ٧ مايو ١٩٦٣ إلى أنه «في مجال التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان، إلا في بعض الظروف الاستثنائية»<sup>(٣)</sup>.

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«La nullité d'un contrat n'entraînera pas de plein droit celle de la convention d'arbitrage accessoire».

راجع نصوص هنا لقترون في:

Rev. arb. 1989, NO. 2, P. 353.

Rev. arb., 1981, P. 461 et SS.

(٢) راجع هنا التقرير في:

(٣) ويقول الحكم بالفرنسية:

«En matière d'arbitrage international, L'accord Compromissaire, qu'il Soit conclu séparément Ou inclu dans L'acte juridique auquel il a trait présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il Puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte».

ومنذ صدور هذا الحكم، توالت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي تؤكد على هذا المبدأ. فقد أكد حكم محكمة استئناف كولمار الصادر في ٢٩ نوفمبر عام ١٩٦٨ في قضية Impex<sup>(١)</sup> على هذا المبدأ. وذلك بعبارات مرادفة لتلك التي استخدمتها محكمة النقض في حكمها الصادر في قضية Gosset. وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة استئناف كولمار المذكور في حكمها الصادر في ١٨ مايو عام ١٩٧١<sup>(٢)</sup> في نفس القضية. ففي هذا الحكم، قننت بأن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل في القانون الدولي الخاص الفرنسي. وبناء عليه رفضت الطعن الموجه ضد حكم محكمة إستئناف كولمار:

وقد أتاحت الفرصة لمحكمة النقض للتأكيد على هذا المبدأ في العديد من القضايا الأخرى. ففي حكمها الصادر في قضية Hecht في ٤ يوليو عام ١٩٧٢<sup>(٣)</sup>. قننت بأن «اتفاق التحكيم في مسائل التحكيم الدولي، يتمتع بالاستقلال الكامل». وفي حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة

---

- راجع هذا الحكم في: Rev. Arb., 1963, P. 60.

وفي التعليق عليه انظر:

Motulsky (H.), *Écrits, études et notes sur L'arbitrage*, Dalloz, 1974, P. 340 et SS.

(١) انظر هذا الحكم في: Rev. Arb., 1968, P. 149.

(٢) فقد جاء في هذا الحكم أن:

«La clause compromissoire étant juridiquement autonome en droit international privé Français...»

راجع الحكم:

Cass. Civ., 18 Mai, 1971, Rev. Arb., 1972, P. 2, Note Ph. Kahn.

(٣) إذ يذكر الحكم:

«en matière d'arbitrage international, L'accord compromissoire présente une complète autonomie».

راجع الحكم:

Cass. Civ., 4 Juillet 1972, Rev. Arb., 1974, P. 89, clunet, 1972, P. 843, Note, B. Oppetit.



١٩٨٢ في قضية Droga<sup>(١)</sup> قضت بأنه «في مجال التحكيم الدولي، يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد».

وقد ذهب الفقه الفرنسي<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي يعد قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي، وليس قاعدة تنازع. وبعبارة أخرى، فإنه وفقاً للقانون الفرنسي، فإن اتفاق التحكيم الدولي، يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي أياً كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد، وأياً كان الحل الذي يتبناه القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته.

وإذا كان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم قد أقرته القوانين الوضعية

(١) حيث يذكر الحكم:

«En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire présente une complète autonomie par rapport au contrat».

راجع الحكم:

Cass. Civ., 14 décembre 1983, Rev. arb. 1984, No. 4, P. 483, Note, M.C. Rondeau - Rivier.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CI, Dr. int., Fasc 586-1, No. 8.

قد ذكر أن:

«L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal auquel elle se réfère est un principe du droit matériel Français de l'arbitrage international, non une règle de conflit. En d'autres termes, selon Le droit Français, dès lors qu'elle tend à instituer un arbitrage international, la convention sera indépendante du contrat principal, quel que soit à cet égard la solution adoptée Par la loi étrangère éventuellement applicable à ce contrat, voire à la convention d'arbitrage elle-même».

ونظر أيضاً نفس المؤلف:

«Règles de conflits, .... Op. Cit., P. 135.

وفي نفس الاتجاه انظر:

Derains (Y.), Sources et domaine .... Op. Cit., P. 5.

وكذلك أحكام القضاء، في العديد من الدول، فإن هذا الببدأ قد أقرته أيضا قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية وهو ما سنعرض له الآن.

### ثالثا: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

أقرت هذه القواعد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢١) من لائحة التحكيم المادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عام ١٩٧٦ على أن «... يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءا من العقد وينص على إجراء التحكيم وفقا لهذه اللائحة بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. كما أن تقرير بطلان العقد من قبل محكمة التحكيم لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»<sup>(١)</sup>.

وكما هو واضح من النص، فإن اللائحة قد أقرت صراحة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. كما أقرت صراحة أيضا أن بطلان العقد لا يستتبع بالضرورة اعتبار التحكيم باطلا.

ومن الجدير بالملاحظة أن صياغة الجزء الأخير من الفقرة المذكورة، والتي تنص بأن تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم، تنفيذ بأنه من الممكن أن يترتب على بطلان العقد بطلان شرط التحكيم أيضا. ولقد برر جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> - ويحق - هذه الصياغة بقوله أن واضع النص ربما قد قصدوا

(١) وينكر النص بالفرنسية:

«... une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. la constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la Nullité de la clause compromissoire.»

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit. J-Cl. Dr. Int., fasc 586-1, No 30.

الإشارة إلى الحالات التي يكون فيها سبب البطلان الذي يلحق بالمقد يلحق أيضا شرط التحكيم. كما هو الحال على سبيل المثال لو كان سبب بطلان المقد عيب من عيوب الرضاء. ومع ذلك، فإن بطلان اتفاق التحكيم في مثل هذه الحالات، ليس نتيجة مترتبة على بطلان المقد، وإنما لأن اتفاق التحكيم ذاته قد أصابه أحد الأسباب التي أدت إلى بطلانه.

وبناء عليه، فإن تقرير بطلان اتفاق التحكيم في مثل هذه الحالات ليس فيه ماس يبيد استقلال اتفاق التحكيم.

ولقد تضمن القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ يونيو عام ١٩٨٥ نصا مماثلا للنص السالف الذكر.

فقد نصت المادة (١/١٦) من هذا القانون على أن «شرط التحكيم الذي يعد جزءا من المقد يعتبر كما لو كان اتفاقا مستقلا عن بقية شروط المقد. كما أن تقرير محكمة التحكيم بطلان المقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»<sup>(١)</sup>. فكما هو واضح من النص، أقر القانون النموذجي صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن المقد الوارد فيه. كما أن هذا القانون قد حرص على الإشارة صراحة إلى إحدى النتائج الهامة التي تترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم وذلك عندما قرر أن بطلان المقد لا يستتبع بالضرورة بطلان هذا الشرط.

ومن الجدير بالملاحظة أنه على الرغم من أن صياغة الفقرة الأخيرة من النص، والتي تقضى بأن «تقرير محكمة التحكيم بطلان المقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»، تفيد بأنه من الممكن أن

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«... une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. la constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

يترتب على بطلان العقد بطلان شرط التحكيم. فإن جانباً من الفقه (١) قد ذهب - ويحق - في تفسير هذه الفقرة إلى القول بأن واضع النص ربما قد قصدوا من ورائها الإشارة إلى الحالات التي يلحق فيها سبب البطلان كلا من العقد وشرط التحكيم في نفس الوقت، على نحو ما رأينا عند التعرض للمادة ١/٢١ من لائحة التحكيم التي أعدتها نفس اللجنة المذكورة. وبناء عليه، فإن عبارة «لا يترتب عليه بقوة القانون» لا تحمل ماساً مبدءاً استقلال شرط التحكيم عن العقد. وذلك لأن بطلان شرط التحكيم في مثل هذه الحالات ليس نتيجة مترتبة على بطلان العقد.

كما أخذت مبدءاً استقلال اتفاق التحكيم لوائح التحكيم النافذة لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولي. وتعد لائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم «Association Américaine d'arbitrage» منذ أول مايو سنة ١٩٩٢ من أهم لوائح التحكيم التي أخذت مبدءاً استقلال اتفاق التحكيم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢/١٥) من هذه اللائحة على أن «..... ويعتبر شرط التحكيم كما لو كان شرطاً مستقلاً عن بقية شروط العقد» (٢).

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage .... Op Cit., J-Ci. Dr. Int., Fasc 586-1, No. 27.

حيث يقول:

«On peut penser qu'en précisant que la nullité du contrat n'entraînait pas de plein droit celle de la convention d'arbitrage, les auteurs du texte ont entendu viser les cas où une même cause de nullité entache l'un et l'autre (par exemple, un défaut de pouvoir ou un vice de consentement); mais force est de dire qu'en pareil cas, la nullité de la convention d'arbitrage n'est pas la conséquence de celle du contrat principal.»

(٢) ويقول النص بالفرنسية:

«La clause compromissoire est considérée comme une clause indépendante du rest du contrat.»

وكما هو واضح من النص، فإن اللانحة المذكورة قد أقرت صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه، وعدم تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من بطلان.

ومن الجدير بالملاحظة أنه على الرغم من أن النص المذكور لم يشر صراحة إلى أن بطلان العقد لا يترتب عليه بالضرورة بطلان شرط التحكيم الوارد فيه، وذلك على نحو ما فعلت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة عام ١٩٧٦، والقانون النموذجي الصادر في عام ١٩٨٥ عن نفس اللجنة، بيد أن جانباً من الفقه<sup>(١)</sup> يرى - ويحق - أنه لا يجب تفسير إغفال النص لشل هذه الإشارة على أنه يعد رفضاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه، وذلك لأن النص على أن بطلان العقد لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم ليس سوى نتيجة حتمية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم والذي أقره النص صراحة، ومن ثم فإنه من غير اللازم الإشارة إلى هذه النتيجة صراحة.

كما أخذت لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم «London court of Arbitration» بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، حيث أنها قد تضمنت في المادة (١/١٤) نفس التواعد التي أقرتها المادة (٢/٢١) من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦، السالف الإشارة إليها<sup>(٢)</sup>.

---

= انظر نصوص هذه اللانحة مشورة في: Rev. Arb., 1993, P. 486

وفي التطبيق عليها راجع:

Joly (F.), le règlement d'arbitrage international de l'association Américaine d'arbitrage, Rev. Arb., 1993, P. 401.

(١) انظر:

Gaillard (E.), Arbitrage commercial international, J-cl, Dr. Int., fasc 586-8-1, proc. civ, fasc 1068-1, No. 12.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-cl, Dr. Int., fasc 586-1, NO 35.

أما بالنسبة . للادعة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس. فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الثامنة منها على أنه «الم يوجد اتفاق مخالف. فإن الادعاء بطلان العقد أو عدم وجوده لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا ما تسك بصحة اتفاق التحكيم. فالمحكم يظل مختصا حتى في حالة عدم وجود أو بطلان العقد. وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم وادعاءاتهم»<sup>(١)</sup>.

ومؤدى هذا النص أن مجرد الادعاء بانعدام العقد أو بطلانه لا يحول دون اختصاص المحكم بنظر النزاع المطروح عليه طالما يقدر أن اتفاق التحكيم صحيح في ذاته. بل ويظل المحكم مختصا حتى في حالة ثبوت انعدام العقد أو بطلانه من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في إدعاءاتهم وطلباتهم. ومن ثم فإن المحكم لا يجب عليه تقرير عدم اختصاصه والتخلي عن القضية إلا إذا أثبت عدم وجود أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته. وهو ما يستفاد منه. ضمنا. استقلال اتفاق التحكيم عن العقد وعدم تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من انعدام أو بطلان<sup>(٢)</sup>.

هنا وقد أعملت العديد من أحكام التحكيم الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. على نحو ما سنعرض له في البند التالي.

(١) يقول النص بالفرنسية:

«Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou l'inexistence alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il rest compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions».

راجع:

Goldman (B.), Arbitrage ..... Op. Cit., J-cl, Dr. Int., fasc 586-1, No. 33.

(٢) راجع في نفس المعنى:

Goldman (B.), Arbitrage ..... Op. Cit., J-Cl, Dr. Int., fasc 586-1, No 33

#### رابعاً: موقف أحكام التحكيم:

أخذت العديد من أحكام التحكيم الصادرة في إطار المعاملات الدولية الخاصة، سواء تلك الصادرة عن محاكم التحكيم العر *ad hoc* أو من محاكم التحكيم المشكلة لدى مراكز التحكيم ذات الطابع الدولي، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فقد تم تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه في قضية شركة *Lena Goldfields* ضد حكومة الاتحاد السوفيتي عام ١٩٢٠<sup>(١)</sup>. حيث رفضت الحكومة السوفيتية المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن الشركة البريطانية *لينا جولدفلدز* قد قامت بفسخ عقد الامتياز المبرم معها في عام ١٩٢٥، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد في العقد يكون قد أصبح غير نافذ المفعول، بيد أن محكمة التحكيم رفضت وجهة نظر الحكومة السوفيتية، وأكدت في حكمها الصادر في ٢ سبتمبر ١٩٢٠ أنه على الرغم من أن الحكومة السوفيتية قد رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم، إلا أنها تظل ملزمة بالالتزامات الواردة في عقد الامتياز، وبصفة خاصة بشرط التحكيم الوارد في العقد. وبعد ذلك إعمالاً ضمناً لمبدأ استقلال شرط التحكيم الوارد في العقد.

كما تم إعمال هذا المبدأ أيضاً في قضية *Losinger* ضد الحكومة اليوغسلافية عام ١٩٢٦. وفي هذه القضية تسكت الحكومة اليوغسلافية أمام محكمة التحكيم بأن شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين *Losinger* قد أصبح غير نافذ المفعول على أثر إلغاء العقد من قبل

---

- وأيضاً د. سمية راشد، التحكيم في العلاقات ..... المرجع السابق، ص ١٢٧ - ١٢٨، بند ٧٤. وأيضاً د. حنيطة السيد الحداد، الاتفاقيات المعاصرة ..... المرجع السابق، ص ٢٩.

(١) انظر:

Vergopoulos - Michail (A.), Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux, Thèse, Paris 11, 1978, P. 137.

وفي التطبيق على هذا الحكم راجع: د. سمية راشد، دور التحكيم في تمويل المقود، دة المهمة العربية، ١٩٩٠، ص ٤٢ - ٤٤.

الحكومة بإرادتها المنفردة. بيد أن محكمة التحكيم رفضت هذا الادعاء. وأكدت في حكمها على أن «من الثابت قضائياً أن فسخ العقد من جانب واحد يبقى بدون أثر تجاه شرط التحكيم والذي يظل قائماً على الأقل إلى حين الفصل في بواغث هذا الفسخ وكذلك في آثار الفسخ الذي لا مبرر له» (١).

هنا كما تم إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد من قبل العديد من أحكام التحكيم الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس. ويمكن أن نذكر من ذلك حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ١٥٢٦ لعام ١٩٦٨ (٢). وتتلخص وقائع هذه القضية في أن إحدى الدول الأفريقية قد منحت أحد الرعايا البلجيكيين المقيمين فيها، باعتباره صاحب امتياز، الحق في شراء المنتجات المعدنية على إقليمها الوطني. وعلى أثر قيام الدولة المتعاقدة بإلغاء العقد بإرادتها المنفردة قبل حلول الأجل المتفق عليه، تقدم ورثة صاحب الامتياز إلى محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية مطالبين بالتعويض وفقاً لشرط التحكيم الوارد في العقد. بيد أن الدولة المتعاقدة قد رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم. ولذلك بدأ المحكم المعين من قبل محكمة تحكيم الفرقة بإثبات اختصاصه. وفي هذا الصدد ذهب المحكم إلى أن هناك قاعدة مسلما بها الآن في مجال التحكيم الدولي مفادها أن شرط التحكيم سواء أكان قد أبرم على نحو منفصل عن التصرف القانوني المتعلق به أو كان وارداً فيه، يتمتع باستقلال قانوني كامل. بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان.

وكذلك أيضاً حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ١٥٠٧ عام

(١) انظر:

Jimenez De Arechaga (E.), *L'arbitrage entre les États et les sociétés privées étrangères*, Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel. Sirey, Paris, 1961, P. 376.

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No 1526 en 1968, ciunet 1974, P. 915, ob: Y. Derains.



١٩٧٠ (١). ففي هذه القضية والتي تتعلق بنزاع ثار بمناسبة عقد مبرم بين شركة ألمانية وإحدى دول جنوب شرق آسيا، نازعت الدولة المتعاقدة في اختصاص المحكم بحجة أنه وفقا للقانون الألماني الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على العقد أثناء سير الإجراءات، فإن شرط التحكيم يعتبر باطلا. بيد أن المحكم رفض هذه الحجة وأكد على استقلال شرط التحكيم بقوله «بالنظر إلى الوظيفة التي يؤديها شرط التحكيم في مجال التجارة الدولية، فإنه يجب التمسك باستقلال هذا الشرط وإخضاعه لنظام مستقل عن ذلك المتفق عليه بالنسبة للعقد».

ومن أحكام التحكيم المبصرة في هذا الصدد، يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٧٦ عام ١٩٧٦ (٢). ففي هذه القضية، والتي تتعلق بنزاع ثار بمناسبة عقد ترخيص Licence بين شركة سويسرية وشركة إيطالية، تسكت الشركة الإيطالية (المدعى عليها في القضية) بعدم اختصاص المحكمين مستندة في ذلك على أن العقد المبرم بينها وبين الشركة السويسرية (المدعية) يعتبر كأن لم يكن، نظرا لتخلف ركن التراضي، بسبب الاختلاف الجذري القائم بين الأطراف حول الأسس ذاتها التي يقوم عليها العقد، وبناء عليه ادعت هذه الشركة بأن شرط التحكيم الذي تتمسك به الشركة المدعية لا يمكنه إحداث أي أثر. بيد أن محكمة التحكيم رفضت هذا الإدعاء، وأكدت على أنه «طبقا للمادة ٤/١٢ من لائحة التحكيم السارية لدى الفرقة منذ أول يونيو ١٩٥٥ - والمقابلة للمادة ٤/٨

(١) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No 1507 en 1970, clunet 1974, P. 913, obs. Y. Derains

ويذكر الحكم أنه:

«En raison de la fonction qu'elle remplit dans le commerce international, la clause compromissoire est autonome et soumise à un régime distinct de celui réservé au contrat».

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No 2476 en 1976 clunet. 1977, P. 936, obs. Y. Derains.

من اللائحة الجديدة، النافذة من أول يونيه ١٩٧٥ - فإن الادعاء بطلان أو عدم وجود العقد لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم، مالم يوجد اتفاق مخالف، فإذا ما تمسك المحكم بصحة شرط التحكيم، فإنه يبقى مختصاً، حتى في حالة إعدام أو بطلان العقد من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم وادعاءاتهم. ومن ثم تعترف محكمة التحكيم لنفسها بالاختصاص بالفصل في هذا النزاع، بعد أن ثبت لها عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف يتعارض مع التأكيد على اختصاصها، لا سيما وأن عيوب الرضاء المدعى بها من قبل الشركة المدعى عليها لا تتعلق مطلقاً بشرط التحكيم ولا تمس سوى موضوع العقد ذاته».

وقد أوضحت المحكمة أن هذا الحل لا يتفق مع لائحة تحكيم الفرقة فحسب، بل أيضاً مع القانون السويسري الذي يؤكد على أن بطلان العقد الأصلي ليس له أي أثر على صحة شرط التحكيم<sup>(١)</sup>.

كما أخذت أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن عقود البترول المبرمة بين الدول (أو الأشخاص العامة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية، ببداً استقلال اتفاق التحكيم. ففي أحكام التحكيم الثلاثة<sup>(٢)</sup> الصادرة في المنازعات التي نشأت بين الجماهيرية الليبية وشركات البترول الأجنبية، على أثر قيام الحكومة الليبية باتخاذ إجراءات التأميم ضدها، طبق المحكمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وأكدوا على أن اتفاق التحكيم يظل قائماً على الرغم من قيام الحكومة الليبية بوضع نهاية لعقود الامتياز المبرمة بينها وبين هذه الشركات بطريق التأميم.

(١) ويبدو لنا أنه إذا كان استناد محكمة التحكيم إلى نص المادة ١٢/١ من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية له ما يبرره، حيث يستفاد من هذا النص استقلال شرط التحكيم وعدم تأثره ليس فقط ببطلان العقد، بل وأيضاً بعدم وجود العقد من أصله، فإن استنادها إلى القانون السويسري ليس مجدياً في هذه القضية، لأن الشركة المدعى عليها قد ادعت بعدم وجود العقد بسبب تخلف ركن الرضاء به، والقانون السويسري - وكما أشارت إلى ذلك المحكمة نفسها - لا يولجحه سوى حالة بطلان العقد فقط، دون أن يشير إلى حالة عدم وجود العقد من أصله، أي لتصله، وهي مسألة محل خلاف على نحو ما سنرى في التتبع عند التعرض للأثر الشرعية على استقلال اتفاق التحكيم.

(٢) انظر في التطبيق على هذه الأحكام الثلاثة مقالة:

ومكنا أصدر المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy في قضية تكساكو Texaco ضد ليبيا حكما تهديدا بشأن اختصامه في ٢٧ نوفمبر عام ١٩٧٥. رفض فيه وجهة النظر التي تمسكت بها الحكومة الليبية والتي مفادها أن إجراءات التأميم ما دلم من شأنها وضع نهاية لعقود الامتياز ذاتها المبرمة بينها وبين هذه الشركات. فلن هذا الأمر يجب أن يمتد إلى شروط التحكيم الواردة في هذه العقود. وذلك بالاستناد إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه<sup>(١)</sup>.

كذلك فلن المحكم الوحيد Sobhi Mahmassani في قضية ليامكو Liamco ضد الحكومة الليبية. قد ذهب في الحكم الذي أصدره في ١٢ أبريل عام ١٩٧٧<sup>(٢)</sup> إلى أنه: «من السلم به عموما في الواقع وفي القانون الدوليين أن شرط التحكيم يظل باقيا بعد فسخ الدولة بإرادتها المنفردة للعقد الذي يتضمنه. وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ».

---

(١) راجع في هذا الحكم والتعليق عليه:

Lalivé (J-F.), Un grand arbitrage pétrolier .... Op. Cit., PP. 326 - 328.

(٢) انظر:

Sentence arbitral rendue a Geneve, le 12 Avril 1977, dans l'affaire libyen American oil company (Liamco) C/gouvernement de la republique arabe libyenne, Rev., Arb., 1980, P. 132 etSS., Spec. PP. 144 - 145.

ويذكر الحكم أنه:

«il est généralement admis en pratique et en droit internationaux qu'une clause d'arbitrage survit à la résiliation unilatérale par l'État du contrat où elle figure, et qu'elle reste en vigueur même postérieurement à cette résiliation».

وكذلك يمكن القول - مع جانب من القلق (١) - بأن المحكم الوحيد G. Lagergren في قضية B.P. ضد الحكومة الليبية قد أخذ على نحو ضمني مبدأ استقلال شرط التحكيم عن المقد الوارد فيه. في حكم التحكيم الذي أصدره في ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٢ (٢). فقد ذهب المحكم. ردا على ادعاء الشركة بأن قانون التأمين لا أثر له على انتهاء عقد الامتياز الذي يظل صحيحا وواجب التطبيق. إلى القول بأن «القانون الصادر بتأميم شركة B.P. قد وضع نهاية لمقد الامتياز الممنوح لهذه الشركة. وذلك باستثناء أن هذا العقد يشكل أساسا لاختصاص هذه المحكمة. ولحق الشركة المدعية في مطالبة المدعى عليه بالتعويض أمام هذه المحكمة».

كما أخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم حكم التحكيم التمهيدى الصادر في كوبنهاجن في ١٤ يناير عام ١٩٨٢ بواسطة المحكم الوحيد «Bernard Gomard» بين الشركة الفرنسية ELF-Aquitaine

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., fasc 586-1, No 36; Stern (B.), trois arbitrages ... Op. Cit., P. 9

وأبنا د. حنيفة السيد الحداد، الاتجاات المعاصرة ..... المرجع السابق، ص ٢٥

(٢) انظر:

Sentence rendue à Copenhague, le 10 Octobre 1973, dans l'affaire B.P. exploration company (Libya) C/gouvernement de la République arabe libyenne, Rev. Arb., 1980, P. 116 et SS. Spec. P. 129.

إذ يذكر الحكم:

«La loi de Nationalisation B.P. a mis fin à la concession B.P., excepté en ce que la concession B.P. constitue le fondement de la compétence de ce tribunal et du droit réquerant de réclamer des dommages - intérêts au défendeur devant ce tribunal».

والشركة الوطنية الإيرانية للبترول<sup>(١)</sup>. ونظرا لأننا لم نعرض لهذا الحكم من قبل، ففوق نعرض له هنا بشيء من التفصيل.

وتتلخص الوقائع المتعلقة بهذا التحكيم في أن الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) قد أبرمت في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٦٦ عقد معاولة للبحث عن البترول واستخراجه مع المؤسسة الفرنسية للبحث عن البترول واكتشافه (إيراب). وبموجب هذا العقد، تنازلت إيراب في الفترة من عام ١٩٦٧ إلى عام ١٩٧٧ عن كامل حقوقها إلى الشركة الفرنسية ELF-Aquitaine الطرف في هذا النزاع.

وفي ٨ يناير عام ١٩٨٠ أصدر مجلس الثورة الإسلامية الإيرانية قانونا ذا مادة واحدة نس على إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي ترى هذه اللجنة وفقا لتقديرها المطلق أنها غير مطابقة لأحكام قانون تأميم صناعة البترول الإيرانية الصادر عام ١٩٥١. كما نس على أن كل المطالبات البنية على هذه العقود يتم الفصل فيها بقرار من قبل هذه اللجنة.

وفي ١١ أغسطس عام ١٩٨٠ أخطر كل من وزير البترول الإيراني ورئيس مجلس إدارة الشركة الإيرانية الشركة الفرنسية بأن العقد المبرم معها قد تم إبطاله من قبل اللجنة الخاصة المشكلة طبقا للقانون ذي البادة الواحدة المذكور أعلاه.

(١) انظر:

Sentence arbitrale préliminaire rendue à Copenhague le 14 Janvier 1982, entre ELF - Aquitaine et National Iranian oil company, Rev. Arb., 1984, P. 401 etSS. Spéc. P. 413 etSS.

وفي التعليق على هذا الحكم انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage ELF - Aquitaine iran C/National Iranian oil company, une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage, Rev. Arb. 1984, P. 333 etSS. Spéc. P. 357.

وفي ٦ أكتوبر عام ١٩٨٠ أخطرت الشركة الفرنسية كل من وزير البترول الإيراني ورئيس مجلس إدارة الشركة الإيرانية بأنها تنوى اللجوء إلى التحكيم إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما. ونظراً لامتناع الشركة الإيرانية عن تعيين محكم لها، لجأت الشركة الفرنسية إلى رئيس المحكمة العليا بالدنمارك وطلبت منه ممارسة السلطات المخولة له طبقاً للمادة (٤١) من العقد. وبالفعل أخطر رئيس المحكمة العليا بالدنمارك الشركة الإيرانية في ٢٧ يناير عام ١٩٨١ بأن لديه النية للاشتغال إلى الطلب المقدم إليه من الشركة الفرنسية. ومنحها أجلاً لتعيين محكم لها مبيناً لها أنه إذا لم تخطره بتعيين محكم لها في خلال هذا الأجل فوفو يقوم هو بتعيين محكم وحيد وفقاً لما هو متفق عليه في العقد المبرم بين الطرفين. ونظراً لاستمرار الشركة الإيرانية في الامتناع عن تعيين محكم لها، قام رئيس المحكمة العليا بالدنمارك بتعيين الأستاذ B.Gomard كمحكم وحيد في القضية.

وفي ٢٥ مارس عام ١٩٨١ أعلن المحكم قبوله لهذه المهمة. وحدد المحكم كوينهاجن كمقر للتحكيم، كما حدد أول جلسة بتاريخ ٢٠ سبتمبر عام ١٩٨١، وحضر فيها الطرفان.

وفي هذه الجلسة تسكت الشركة الإيرانية بأن العقد المبرم بينها وبين الشركة الفرنسية يعتبر عقداً باطلاً وكأن لم يكن لعدم مطابقتها لأحكام قانون التأمين الصادر عام ١٩٥١. وبالتالي يكون اللجوء إلى التحكيم مستحيلاً. كما أضاف مثلاً الشركة الإيرانية بأن حضورهم هذه الجلسة الهدف منه هو بيان القانون الإيراني وكذلك قرار اللجنة الخاصة. ولا ينبغي بأي حال من الأحوال تفسيره على أنه قبول من جانب الشركة الإيرانية لإجراءات التحكيم.

وقرر المحكم. باتفاق الأطراف أن يفصل على نحو منفصل في الاعتراضات المقدمة من قبل الشركة الإيرانية والمتعلقة باختصاصه<sup>(١)</sup>. وأصدر المحكم هذا الحكم محل الدراسة.

وفيما يتعلق بادعاء الشركة الإيرانية بأن المحكم الوحيد يجب عليه بالضرورة أن ينتهي إلى أنه غير مختص لمواسلة التحكيم المطلوب من قبل الشركة الفرنسية، وذلك بدعوى أن العقد الذي يعد الأساس الضروري للتحكيم بين الأطراف كان قد تقرر بطلانه واعتباره كأن لم يكن من قبل اللجنة الخاصة المنشأة بموجب القانون الإيراني الصادر عام ١٩٨٠<sup>(١)</sup>، أوضح المحكم أنه في هذا الحكم التمهيدي لا يفصل في مسألة مدى صحة الادعاء ببطلان العقد واعتباره كأن لم يكن، والمدعى به من قبل الشركة الإيرانية، بل إن هذا الحكم يجب أن يحدد ما إذا كان شرط التحكيم الوارد في المادة (٤١) من العقد يستتبع بالاستقلال عن هذا العقد، أي يجب أن يحدد ما إذا كان بطلان العقد المدعى به من قبل الشركة الإيرانية لا يؤثر على صحة شرط التحكيم أم أن هذا الشرط، والذي يعد جزءاً من العقد، يصبح غير نافذ وعديم الأثر إذا ما كان العقد باطلاً<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا السدد أجاب المحكم قائلا: «من المبادئ المعترف بها عموماً في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تحدث آثارها حتى ولو تمسك أحد الأطراف بأن العقد المتضمن لشرط التحكيم يعد باطلاً وكأن لم يكن» ثم أورد ذلك بقوله «إن استقلال شرط التحكيم يعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي تتم تطبيقه بصفة منتظمة في الأحكام الصادرة في التحكيم الدولية، كما أن هذا المبدأ معترف به على نطاق واسع من قبل الفقهاء والمتخصصين في التحكيم الدولي، وتأخذ به لوائح التحكيم المتبنية من قبل الهيئات الدولية وكذلك المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، كما أن هذا المبدأ يعد جزءاً من القانون الوطني للتحكيم في العديد من الدول»<sup>(٣)</sup>.

Ibid, P. 413, No. 26.

(١) انظر الحكم:

Ibid, P. 414, No. 28.

(٢) انظر الحكم:

(٣) انظر الحكم إذ يقول بالفرنسية:

«C'est un principe généralement reconnu du droit de l'arbitrage international que les clauses d'arbitrage poursuivent leurs effets même Si l'une des parties soulève l'objection que l'accord qui contient la clause -

وانتهى المحكم إلى أن شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته بما تدعيه الشركة الإيرانية من أن المقد يعد باطلاً بأكمله وكأن لم يكن. هنا مع عدم المساس بما قد ينتهي إليه أى حكم يصدر فى المستقبل ويتعلق بالبطلاق المحتمل للمقد واعتباره كأن لم يكن على نحو ما تدعى به الشركة الإيرانية»<sup>(١)</sup>.

الخلاصة أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه المقد الذى يتضمنه أو يتعلق به يعد من المبادئ الثابتة والمستقرة فى مجال التحكيم الدولى. حيث نصت عليه التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم. وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. كما طبقت أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات ذات الطابع الدولى. وينسحب ذلك بالطبع على اتفاق التحكيم فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو الأجهزة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية.

---

d'arbitrage est Nul et non avenu ... L'autonomie d'une clause d'arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliquée dans les décisions rendues dans des arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d'arbitrage adoptés par des organisations internationales et dans des traités. également dans maints pays le principe fait partie du droit National de l'arbitrage». Ibid, P. 414, No 29 et 30.

(١) فطر الحكم إذ ينكر بالفرنسية أن:

«La clause d'arbitrage lie les parties et peut poursuivre ses effets sans que sa force est Nulle et non avenu ab initio. Cette conclusion ne préjuge en aucune façon le résultat d'une décision future concernant le caractère éventuellement nul et non avenu de la convention, ainsi que le prétend NIOC». Ibid, P. 418, No. 35.



## المبحث الثاني

### الآثار المترتبة

#### على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الذي اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، أن اثران هامان هما: الأثر الأول وهو عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد، والأثر الثاني هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد.

ونعرض فيما يلي لهذين الأثرين كل في مطلب مستقل.

### المطلب الأول

#### عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد

إن الأثر الأول الذي يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو أن صحة اتفاق التحكيم ونفاذه لا تتوقف أو تتأثر بمصير العقد الذي يتعلق به هذا الاتفاق. ومن ثم فإن بطلان العقد أو فسخه أو انتهاءه لا يترتب عليه أى أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم. ولكن يشترط لكي يترتب على استقلال اتفاق التحكيم هذا الأثر أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا في ذاته. فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم (كميب الرضاء مثلا) فإن كلا منهما يمد باطلا ولا يكون لبدا استقلال اتفاق التحكيم في هذه الحالة أى أثر. أما إذا كان البطلان خاصا بالعقد (كما لو كان العقد ذاته مخالفا لقاعدة من النظام العام مثلا) ففي هذه الحالة، يمكن التمسك بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد. وبالتالي عدم تأثره بما لحق هذا الأخير من بطلان<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في نفس المعنى:

Fouchard (Ph.), le règlement d'arbitrage, chonet., 1979, P. 816 etSs. Spéc. P. 837.

ومع ذلك، هناك حالة أثارت جدلاً في الفقه، وهي الحالة التي يكون فيها العقد منتهكاً. فقدثار التساؤل عن مدى إمكانية التمسك بمبدأ استقلال شرط التحكيم وعدم تأثره بصير العقد الوارد فيه أو المتعلق به في حالة انعدام هذا الأخير. وفي هذا الصدد يمكننا أن نميز بين رأيين.

فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد، فإنه مع ذلك يتأثر بصير العقد في حالة عدم وجوده، أي اسدله. وبعبارة أخرى، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يمكن التمسك به إلا في حالة بطلان العقد دون حالة انعدامه.

في حين يرى جانب آخر في الفقه<sup>(٢)</sup> أن التفرقة بين بطلان العقد

---

(١) راجع:

Sanders (P.), L'autonomie de la clause compromissoire, Hommage à F. Eisemann, Liber Amicorum, chambre de commerce international, publication No 321, 1978, P. 31 etSS. Spéc. P. 34.

وفي نفس المعنى أيضاً:

Fouchard (Ph.), Le règlement d'arbitrage, Op. Cit., P. 836, et P. 837.

حيث يذكر أن:

«L'autonomie de la clause compromissoire ne joue en réalité que dans la seconde hypothèse, celle où seule la validité (et non l'existence) du contrat principal est déniée ... C'est seulement s'ils constatent la nullité du contrat principal que l'autonomie de la clause compromissoire est utile».

(٢) انظر:

Goldman (B.) Arbitrage ..., Op. Cit., J.-Cl. Dr. Int., fasc 586-1, No. 10.

إن يذكر أن:

«Nous ne pensons pas que pareille distinction soit justifiée. écarter l'autonomie de la convention d'arbitrage au motif que l'une des parties allègue l'inexistence du -

واتعماده تفرقة لا مبرر لها. فاستبعاد استقلال اتفاق التحكيم بحجة أن أحد الأطراف يدعى عدم وجود العقد الأصلي. وبالتالي رفض الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه في مثل هذه الحالة. من شأنه أن يفتح الباب مرة أخرى أمام الوسائل الاحتياطية التي استهدف مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تفاديها.

إن مجرد الادعاء بعدم وجود العقد لا يكفي إذن لاستبعاد اختصاص المحكم. فللمحكم أن يفحص الأساس الصحيح لهذا الادعاء. وإذا ما أثبت بالفصل أن العقد الأصلي لا وجود له (لعدم توافر ركن الرضاء مثلاً) فيجب عليه بدون شك أن يقضى بعدم اختصاصه إذا ما بدى له أن هذا الانعدام يلحق أيضاً اتفاق التحكيم. ليس كمجرد نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلي. ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي قد لحق أيضاً اتفاق التحكيم.

- 
- contrat principal, ..., et partant, refuser à l'arbitre le pouvoir de juger, en pareil cas, de Sa propre investiture, serait prendre le risque de rouvrir la porte aux manoeuvres dilatoire que la consécration du principe d'autonomie a eu pour but d'empêcher. La simple allégation de l'inexistence ne suffit donc pas pour faire disparaître le pouvoir de juger de l'arbitre: il appartient à celui - ci d'en vérifier le bien fondé, et S'il constate effectivement que le contrat principal est inexistant (comme par exemple, en cas de défaut complet de consentement) il devra sans doute s'abstenir d'aller plus loin, c'est à dire de deduire les conséquence de l'inexistence, s'il lui apparait que celle - ci frappe aussi la convention d'arbitrage, non par simple voie de conséquence de l'inexistence du contrat principal, mais parce que la cause d'inexistence l'affecte également.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن بعض الفقهاء (١) قد أشاروا إلى أن التفرقة بين مسألتى بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل سريع الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام ١٩٦١ وذلك عندما نصت على أن لمحاكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الأصلي الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءاً منه. كما رفضتها لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (م ٢/٢١)، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٨٥ (م ١/١٦)، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية (م ٤/٨)، ولائحة تحكيم الجمعية الأمريكية للتحكيم (م ١/١٥).

ونحن من جانبنا نميل إلى تأييد الرأي الأول، الذي يميز بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه، نظراً لالتزامه بالواقعية والمنطق. وذلك لأن انعدام العقد يفترض تخلف رضاء الأطراف، وانعدام التراضي يشمل كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم. حيث أنه من غير المعقول أن يتصور أن الأطراف قد اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلاً. ومن ثم فإن انعدام التراضي يؤدي حتماً إلى عدم وجود العقد وكذلك اتفاق التحكيم الذي يتضمنه. على العكس تماماً في الحالة التي يكون فيها العقد مشوباً بأحد أسباب البطلان. حيث أن بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به. وبناءً عليه فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يمكن الأخذ به إلا في حالة بطلان العقد دون حالة انعدام وجوده من أساسه (٢).

وبالنسبة للرأي الثاني والذي يرفض التفرقة بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه، فيبدو لنا أن هذا الرأي يقوم على الربط، ارتباطاً لا يقبل

(١) راجع: د. حفيظة السيد السداد، *الالتزامات المعاصرة* ..... المرجع السابق، ص ١٧

(٢) راجع في نفس المعنى:

Loquin (E.), Note sous l'arrêt de cour de cassation, 10

Juillet 1990, chunet., 1992, P 173.

التجزئة. بين مبدئين مستقلين هما: مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم. وهو ما لا يمكن الأخذ به.

فالأول مفاده أن من سلطة المحكم الفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه. فالمحكم هو نفسه الذى يفصل فيها إذا كان مختصا بالفصل في النزاع المطروح عليه أم لا. بينما الثانى مفاده أن يظل هذا الاتفاق قائما ومنتجا لكافة آثاره على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه. بمعنى أن يظل الأطراف ملزمين باللجوء إلى التحكيم. ويكون للمحكمين الاختصاص بالفصل في النزاع على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه. وعلى ذلك يمكن القول بعدم وجود تلازم أو ارتباط بين كل من هذين المبدئين. فتقرير مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه لا يستفاد منه الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. كما أن تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعنى الأخذ فى نفس الوقت بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه. فالهدف من تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما قد يلحق العقد من بطلان، ليس تقرير اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، بل تقرير اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع المطروح عليه على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه. وشتان الفارق بين الأمرين. فقد ينازع أحد الأطراف فى اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع المطروح عليه وذلك بالدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه، أو بالدفع بعدم وجود العقد الأسمى أو بطلانه. مع تسليمه بأن للمحكم الاختصاص بالفصل فى اختصاصه، أى بالفصل فى مدى صحة هذه الدفوع من عدمها.

أما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بأن هذه التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه قد رفضتها صراحة الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١. والقانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥. ولانحة التحكيم الصادرة عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٧٦. ولانحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم. وتلك السارية لدى غرفة التجارة الدولية، فهو

قول لا يمكن التسليم به، فالاتفاقية الأوروبية لم تتعرض، على الأقل صراحة، لبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ولا للآثار المترتبة عليه - وهو ما أقر به أصحاب هذا الرأي - حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوروبية ترفض أو تقر التفرقة بين حالة انعدام العقد وبطلانه.

أما بالنسبة للوائح التحكيم، فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦ - وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة عام ١٩٨٥ - قد أشارت صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي. ولم تشر إلى حالة انعدام العقد. ومن ثم يمكن القول - على عكس ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي - بأن هذه اللائحة، وكذلك القانون النموذجي، تقر باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد في حالة بطلان هذا الأخير دون حالة انعدامه. وذلك إستنادا إلى إغفالها الإشارة إلى حالة انعدام العقد. وإذا كان من غير الممكن أن نستخلص من إغفال اللائحة والقانون النموذجي الإشارة إلى حالة انعدام العقد أنها لا يأخذان باستقلال اتفاق التحكيم في هذه الحالة، فعلى الأقل من غير الممكن القول بأنهما قد رفضا الأخذ بالتفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه.

أما بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم منذ عام ١٩٩٢، فإنها قد اكتفت، - على نحو ما رأينا - بالنس على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، دون أن تنص صراحة على الآثار التي تترتب على هذا المبدأ حتى يمكن القول بأنها تقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد في حالة انعدامه. ولا يستثنى من ذلك سوى لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. فهي الوحيدة التي لم تميز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه. حيث نصت صراحة على أن يظل المحكم مختصا حتى في حالة عدم وجود العقد أو بطلانه. وبالتالي يمكن أن يستخلص من ذلك أنها قد أقرت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في كلتا الحالتين.

وإذا توجهنا ناحية القوانين الوطنية المطلقة بالتحكيم، يبدو لنا أنها تناسر الرأي الذي يميز بين حالة بطلان العقد وانعدامه. فالقانون المصري

قد أشار صراحة إلى عدم تأثير اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو إنتضاء دون أن يشير إلى حالة إنعدام العقد من أساسه. وفي نفس الاتجاه أيضا القانون السويسري والقانون الجزائري والقانون الألباني. حيث أشارت هذه القوانين صراحة إلى عدم تأثير اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه دون أن تشير إلى حالة انعدامه.

ولقد سارت في نفس الاتجاه محكمة النقض الفرنسية. ففي حكمها الصادر في ١٠ يوليو عام ١٩٩٠ في قضية شركة Cassia ضد شركة Pia investements Ltd<sup>(١)</sup>. قنت محكمة النقض بأنه «في مجال التحكيم الدولي. فإن استقلال شرط التحكيم يتقيد بوجود العقد الأصلي. من حيث الشكل. الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به. ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة طبقا للقانون الذي يحكم شكل العقد وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص».

وبهذه المثابة تكون محكمة النقض الفرنسية قد تبنت التفرقة بين انعدام العقد وبطلانه. فاتفاق التحكيم لا يكون له وجود إذا كان العقد الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له. ومن ثم فإن عدم وجود العقد يعد التقييد الوحيد الذي يرد على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الوارد فيه<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

Cass. Civ., 10 Juillet 1990, Rev. Arb. 1990, P. 851, Note, J.H. Moitry et C. Vergne.

ولقد جاء بهذا الحكم أنه:

«En matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa Limite dans l'existence, en la forme, de la convention principal qui contiendrait la clause invoquée. Cette existence doit nécessairement s'apprécier d'après la loi qui, selon les principes du droit international privé, régit la forme de la convention».

(٢) في نفس المعنى راجع:

Moitry (J.-H.) et vergne (C.), note sous l'arrêt de cour de cassation, 10 Juillet 1990, Op. Cit., P. 860 etSS Spéc. P. 862.

الخلاصة: أن الأثر الأول الذي يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق بالعقد الوارد فيه أو المتعلق به من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانتضاء. وأن عدم وجود العقد أو انعدامه يعد القيد الوحيد - طبقا للرأى الذى نرجحه - الذى يرد على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

وينسحب ذلك بالطبع على اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقود البترول. فهذا الاتفاق يتتبع بالاستقلال عن عقد البترول الوارد فيه أو المتعلق به. بحيث لا يتأثر هذا الاتفاق بما قد يلحق بالعقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانتضاء. وذلك باستثناء الحالة التى يكون فيها عقد البترول منعدما، ففى هذه الحالة لا يمكن القول بعدم تأثر شرط التحكيم الوارد فى العقد بما لحق هذا الأخير من انعدام.

وترتبا على ذلك فإن قيام الدولة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، أو ادعاءها بعدم صحة عقد البترول أو بطلانه لا يتضمن أى أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يتضمنه أو يتعلق به إذا ما كان هذا الاتفاق صحيحا فى ذاته (١).

---

- حيث ذكرنا فى التعليق على هذا الحكم أن:

«L'inexistence du contrat principal constitue désormais la seule limite à l'autonomie de la convention d'arbitrage. Cet arrêt est une contribution importante relativement au champ d'application du principe de l'autonomie de la clause compromissoire. L'inexistence du contrat de base prive la clause compromissoire de toute efficacité. Tel est le premier enseignement de cet arrêt».

(١) فى نفس الاتجاه بالنسبة لعقود الدولة بصفة عامة، انظر:

DEHAUSSY (J.), Op. Cit., P. 115. No. 165 et 166.

وأيضا:

WEIL (P.), Problèmes relatifs aux contrats passés ... Op. Cit., P. 222; Jimenez De Arechaga (E.), Op. Cit., P. 375.



## المطلب الثاني

### إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر

#### غير ذلك الذي يخضع له العقد

ينهب غالبية الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى القول بأن التسليم بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يترتب عليه إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الوارد فيه أو التعلق به.

(١) انظر:

KLEIN (F.E.), Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international (Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principale), Rev. Crit., 1961, P. 500, No. 2, Rev. Arb., 1961, P. 48, No. 2.

حيث يقول:

«Dire que la clause compromissoire est autonome, qu'elle remplit une fonction propre, signifie avant tout, en termes de droit international privé, qu'elle peut être soumise à une loi différente de celle application au contrat principal intervenu entre les parties».

ونظر أيضا:

FOUCHARD (ph.), L'arbitrage commercial international, Op. Cit., P. 67, No. 114.

وذكر في هذا الخصوص أن:

«il convient en effet de distinguer .... la loi applicable à ce contrat principal et celle applicable à la clause arbitrale .... Il faut en effet se garder de confondre la loi applicable au rapport litigieux ... et la loi applicable à la clause ou à la convention arbitrale. La clause compromissoire, ... peut se trouver soumise à une loi différente de celle qui régit le contrat principal».

وأيضا:

MEZGER (E.), La jurisprudence Française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, Mélanges offerts à Jacques Maury, 1960, P. 273 et SS. Spéc. P. 282.

فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم، لنفس القانون الذي يحكم العقد. فيجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد. وآخر ليحكم اتفاق التحكيم. كما أنه من الجائز أن يخضع اتفاق التحكيم لقاعدة إسناد خاصة به تتولى تحديد القانون واجب التطبيق عليه.

ولقد أخذ بهذه النتيجة المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد. مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بامستردام عام ١٩٥٧ (١).  
فقد نصت المادة السادسة من التوصيات التي أسدرها المجمع في هذه الدورة على أنه «إن صحة مشاركة التحكيم وكذلك شرط التحكيم لا تخضع بالضرورة لنفس القانون المطبق على العلاقة محل النزاع...»

- ولقد ذكر في هذا الخصوص أن:

«La convention arbitrale est, certes, susceptible d'un rattachement à une loi différente de celle régissant le contrat dit principal».

ولينا:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J.-Cl. Dr. Int., fasc. 586-1, No. 11.

وفي أثنائه المسمى رابع، د. سمية راشد، التحكيم في المرافعات، المرجع السابق، ص ١٨٠. د. حنيطة الحيداد، الاتفاقيات المتضمنة... المرجع السابق، ص ٤٨.

عكس ذلك كله راجع:

PALLIERI (B.), L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Recueil des cours, 1935, P. 291 et SS. Spéc. P. 353.

إذا ينكر قتلا:

«C'est Naturellement la loi même régissant le contrat qui en régit aussi la clause relative à l'arbitrage. on ne peut pas concevoir qu'une partie des dispositions d'un contrat soit régie par une loi, une autre L'étant par une loi différent, la loi régissant le contrat devra être appliquée aussi à la clause concernant l'arbitrage».

A.I.D.I., 1957, P. 479.

(١) انظر نصوص هذا المقرر في:

ويقول النص بالفرنسية:

«Les conditions de validité du compromis et de la clause compromissoire ne sont pas nécessairement soumises à la même loi que celle appliquée au rapport litigieux».

كما أخذ القضاء الفرنسى بهذه النتيجة فى العديد من أحكامه. ويمكن أن نذكر من ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ٢١ أكتوبر عام ١٩٨٢ (١). ففى هذا الحكم رفضت محكمة الاستئناف الدفع ببطلان حكم التحكيم المبنى على أن محكمة التحكيم لم تفصل فى مسألة اختصاصها وفقا للقانون الفرنسى المعين من قبل الأطراف لكى يحكم موضوع النزاع. واستندت محكمة استئناف باريس فى قضائها هذا على أن مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع كانت مستقلة. على الأقل بشكل ضئى. فى محضر تولية المحكمين. عن تلك المتعلقة بالتواعد التى تنظم مسألة اختصاص المحكمين. ثم أردفت محكمة الاستئناف قائلة «إن القانون الواجب التطبيق لتحديد نطاق وأثار شرط التحكيم المنشئ لتحكيم دولى لا يجب أن يختلط بالضرورة مع القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع» (١).

كذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت فى حكمها الصادر فى ١٤ ديسمبر عام ١٩٨٢ (٢) إلى تأييد ما قضت به محكمة الاستئناف من عدم تطبيق القانون الذى يحكم العقد بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج به على نحو ما تمسك الطاعن. وقررت أن شرط التحكيم فى مسائل التحكيم الدولى يتنح باستقلال قانونى كامل تجاه العقد الوارد فيه.

(١) راجع:

Cour d'appel de Paris, 21 Octobre 1983, Rev. Arb., 1984, P. 98, note. Andre Chappelle.

(٢) وقد ذكر الحكم بالفرنسية أن:

«La loi applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige». Ibid.

(٢) انظر

Cass. Civ., 14 Décembre 1983, Rev. Arb., P. 483, note. Rondeau - Rivir.

كما أن محكمة استئناف باريس أكدت مرة أخرى في حكم حديث لها نسبياً على الأخذ بهذه النتيجة.. ففى الحكم الصادر منها فى ٢٦ مارس عام ١٩٩١ (١)، رفضت المحكمة الطعن ببطالان حكم التحكيم البنى على أن المحكمين لم يطبقوا القانون اللىبى الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع على اتفاق التحكيم. وقضت محكمة الاستئناف بأنه «فى مجال التحكيم الدولى، فإن مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم ... يكور استقلال اتفاق التحكيم تجاه الأحكام الموضوعية للعقد المتعلق به، وكذلك القانون الداخلى الواجب التطبيق على هذا العقد».

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذه النتيجة فى حكم حديث لها نسبياً. ففى حكمها الصادر فى ٣ مارس عام ١٩٩٢ (٢)، أيدت محكمة استئناف باريس فيما قضت به من حيث إثبات رضاء الشركة الفرنسية Sonetex بشروط التحكيم المرفقة بالعقد البرم بينها وبين شركة Charphill وهى إحدى فروع الشركة التركية Topkapi. وردا على ما تمسكت به الشركة الفرنسية Sonetex من أن محكمة الاستئناف لم تفصل فيما يخص شكل وإثبات شرط التحكيم المدعى به فى مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الذى يتضمنه، ذهبت محكمة النقض إلى تقرير

(١) انظر:

Paris, 26 Mars 1991, Rev. Arb., 1991, P. 456, note.,  
Hélène Gaudement - tallon.

وذكر الحكم بالفرنسية أن:

«en matière internationale, le principe de validité et d'autonomie de la clause compromissoire ... consacre l'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte, que de la loi interne applicable à celui - ci».

(٢) انظر:

Cass. Civ., 3 Mars 1992, Rev. Arb., 1993, P. 273, note.,  
Pierre Mayer; Clunet. 1993, P. 140, note. Bernard Audit.

أنه «ليس لمحكمة الاستئناف أن تتصل فيما يتعلق بشكل هذه الشروط وإثباتها وفقا لقانون قد لا ينطبق عليها وذلك نظرا لاستقلال هذه الشروط عن العقد في مسائل التحكيم الدولي»<sup>(١)</sup>.

هنا ولقد أقرت العديد من أحكام التحكيم بأن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد يترتب عليه إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد.

ففي حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ١٥٠٧ عام ١٩٧٠<sup>(٢)</sup>، ذهب المحكم إلى «أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يمكن أن يخضع لقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي. وبناء عليه، فإن اتفاق الأطراف على أن موضوع النزاع يخضع للقانون الألماني، لا يستخلص منه أن سعة شرط التحكيم يتم تقديرها طبقا للشروط الشكلية في القانون الداخلي الألماني».

---

(١) وقد ذكر الحكم بالفرنسية أن:

«La cour d'appel n'avait pas à statuer, quant à la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international pouvait, d'ailleurs, ne pas leur être applicable». Ibid, P. 274

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No. 1507 en 1970, chunet 1974, P. 913, Obs. Y. Derains.

ويذكر الحكم بالفرنسية:

«La clause d'arbitrage figurant dans un contrat international peut parfaitement être régie par une loi différente de celle applicable au contrat principal; que si donc, il était admis que le fond du litige est régi par le droit allemand, il n'en résulterait nullement et pour autant que la validité de la clause doive s'apprécier d'après les conditions de forme du droit interne allemand».

كذلك أيضا حكم التحكيم التهديدي الصادر في القضية رقم ٤١٢١ في عام ١٩٨٢ (١). فقد ذهبت محكمة التحكيم إلى القول: «بأن القواعد القانونية واجبة التطبيق لتحديد نطاق وأثار شرط التحكيم المنشئ لتحكيم دولي لا تختلط بالضرورة مع القانون ولجب التطبيق على موضوع النزاع المحال إلى هذا التحكيم. وإذا كان هذا القانون أو هذه القواعد القانونية من الممكن، في بعض الأحيان، أن تتعلق بموضوع النزاع وكذلك شرط التحكيم، بيد أنه من الممكن، في أحوال أخرى، أن يخضع شرط التحكيم، بالنظر إلى استقلاله الذي يتعلق ليس فقط بمحتواه بل أيضا بنطاقه وآثاره، لقواعد قانونية خاصة به ومتميزة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع».

وفي نفس الاتجاه أيضا حكمي التحكيم التهديديين الصادرين في القضية رقم ٤٥٠٤ عامي ١٩٨٥، ١٩٨٦ (٢). ففي هذين الحكمين، أكدت

---

(١) انظر:

Sentence interimaire rendue dans l'affaire No. 4131 en 1982, clunet 1982, P. 899, Obs. Y. Derains, Rev. Arb. 1984, P. 137.

ويذكر الحكم بالفرنسية أن:

«Les sources de droit applicables pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire ne se confondent pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige ... Si cette loi et ces règles de droit peuvent, dans certains cas concerner aussi bien le fond du litige que la clause compromissoire, il est parfaitement possible que dans d'autres cas, celle - ci Soit régie, en raison de son autonomie ... par des sources de droit qui lui sont propres, distinctes de celles qui gouvernent le fond du litige».

(٢) انظر:

Sentences interimaire rendues en 1985 et 1986 dans l'affaire No. 4504, clunet 1986, P. 1118, Obs. Sigvard Jarvin.

وقد جاء بهذا الحكم بالفرنسية أن:

«en vertu du principe de l'autonomie, la clause

محكمة التحكيم على أنه «طبقاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم، فإن شرط التحكيم يمكن أن يخضع في التحكيمات الدولية لقانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي...» كما أن الواقع المتشابه في أن كل نزاع بين الأطراف الموقعة على شرط التحكيم يجب أن يحسم بالتطبيق لقانون دولة المدعى - وفقاً للمادة ١/١٦ من العقد - لا يعني بالضرورة أن هذا القانون يحكم أيضاً نطق شرط التحكيم كما يتمسك بذلك المدعى لأن الأمر لا يتعلق بتطبيق هذا القانون على موضوع النزاع».

وكذلك الأمر بالنسبة لحكم التحكيم التمهيدي الصادر في القضية رقم ٥٠٦٥ في عام ١٩٨٦ (١). ففي هذا الحكم أكد المحكم على أن «من الأمور المستقرة أن القانون الذي يخضع له العقد ليس من الضروري أن يكون هو ذات القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، بما في ذلك مسألة وجود هذا الاتفاق».

- 
- compromissoire peut être soumise, dans les arbitrages internationaux, à une loi différente de la loi qui régit le contrat principal ...: le fait que tout litige entre les parties signataires de la clause arbitrale doit être résolu en application du droit du pays du demandeur (art 16 - 1 du contrat), ne signifie pas nécessairement que celui-ci régit aussi la portée de la clause compromissoire comme le demanderesse le soutient car il ne s'agit pas de l'application du droit de fond».

(١) انظر:

Sentence intermédiaire rendue dans l'affaire No. 5065 en 1986, clunet, 1987, P. 1039, Obs. Y. Derains.

وقد جاء بالحكم أن:

«C'est une théorie bien connue que le droit auquel est soumis le contrat n'a pas nécessairement besoin d'être le même que celui qui régit la convention d'arbitrage, y compris la question de l'existence de cette convention».

خلاصة القول: إنه من الأمور المسلم بها الآن، في الفقه، والتضاء، وكذلك أحكام التحكيم، أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يترتب عليه إمكانية إخضاع هذا الاتفاق لقانون يختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد موضوع النزاع، فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم لنفس القانون الذي يحكم العقد، حيث يجوز للأطراف أن يختاروا قانوناً معيناً ليحكم العقد، وقانوناً آخر ليحكم اتفاق التحكيم. كما أنه في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، فليس من الضروري إخضاع هذا الاتفاق للقانون المختار بواسطة ليحكم العقد موضوع النزاع. وينسحب ذلك القول على اتفاق التحكيم المتعلق بعقد البترول المبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها وشركة البترول الأجنبية.



## الفصل الثالث

### القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه

#### تمهيد وتقسيم:

يشير اتفاق التحكيم المتعلق بمقد البترول تنازع القوانين شأنه في ذلك شأن أى اتفاق تحكيم يتعلق بمقد من العقود ذات المطابع الدولي. وبالتالي يتعين البحث عن القانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق.

وقد يثور التساؤل عن هذا القانون أمام المحكم وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمام المحكم بعدم اختصاصه استنادا إلى عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح أمامه. ففي هذا الفرض يتعين على المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم للفصل في مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه.

وقد يثور التساؤل عنه أيضا أمام القاضى الوطنى سواء قبل الفصل فى النزاع بواسطة المحكمين أو بعد صدور حكم التحكيم. فتثور هذه المسألة أمام القاضى الوطنى وقبل الفصل فى النزاع بواسطة المحكمين، عندما يعمل أحد الطرفين النزاع أمامه بدعوى عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح عليه، ويأتى الطرف الآخر ويدفع بوجود اتفاق التحكيم أو يتمسك بصحته أو بشموله للنزاع المعروض على القاضى. كما تثور هذه المسألة أمام القاضى بعد صدور حكم التحكيم وذلك بمناسبة الاعتراف به وتنفيذه أو من خلال دعوى البطلان التى يرفقها الطرف الصادر ضده الحكم استنادا إلى أن هذا الحكم صدر بدون اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو فى مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم. ففي كل هذه الفروض يتعين على القاضى معرفة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم للتأكد من وجود وصحة هذا الاتفاق.

وتقتضى دراسة هذه المسألة أن نبين أولاً القانون الواجب التطبيق.  
فإذا ماتم معرفة هذا القانون، تعين بعد ذلك تحديد نطاق تطبيقه.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول نتعرف فيه  
على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والثاني نحدد فيه نطاق  
تطبيق هذا القانون.

## **المبحث الأول**

### **القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم**

ضمت الإشارة إلى أن مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق  
التحكيم قد تثار أمام المحكم أو أمام القاضى الوطنى. بيد أنه إذا كان  
القاضى الوطنى لا يجد أية صعوبة فى معرفة هذا القانون، إذ أن قواعد  
القانون الدولى الخاص فى دولته هى التى تتولى تحديد هذا القانون، فإن  
الصعوبة تثار أمام المحكم. وذلك لأن هذا الأخير ليس له قواعد إسناد  
يستعين بها فى تحديد القانون واجب التطبيق.

وينبغى لدراسة هذه المسألة التعرف على آراء الفقهاء التى قيل بها  
فى هذا الشأن، وموقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، وأخيراً ما  
أخذت به أحكام التحكيم فى هذا الصدد، وذلك كل فى مطلب مستقل.

## **المطلب الأول**

### **موقف الفقه**

اختلفت الفقه بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم،  
ويمكننا فى هذا الصدد أن نميز بين اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الأول: يأخذ  
بقانون الدولة مقر التحكيم، أما الاتجاه الثانى فيأخذ بقانون الإرادة  
المستقلة. ونعرض فيما يلى لهذين الاتجاهين.

أولاً: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر

التحكيم: La loi du siège de l'arbitrage

ذهب الأستاذ سوزرهل Sauser-Hall في تقريره الذي قدمه إلى مجمع القانون الدولي في عام ١٩٥٢ (١) إلى التأكيد على الطبيعة المختلفة للتحكيم، تعاقدية وقضائية في آن واحد، وبناء على هذه الفكرة، ذهب سيادته إلى أن قانون الدولة مقر التحكيم يجب أن يحكم التحكيم في مجموعته، بما في ذلك اتفاق التحكيم. مفراً ذلك بالقول بأن الطابع التعاقدى للتحكيم وفقاً لنظرية المؤشرات La Théorie des indices، لا يقود حتماً إلى اسناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الإقليمية الوثيقة به، وهذه الدولة هي التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم. وهي التي يجب أن تسرى على إقليمها إجراءات التحكيم.

وقد تأثر بهذه النظرية مجمع القانون الدولي في التوصية التي أصدرها في دور انعقاده بامستردام في عام ١٩٥٧، فقد نصت المادة الخامسة من هذه التوصية على أن صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم (٢).

ولكن هذا الاتجاه قد تعرض لانتقادات عديدة. فمن ناحية أن أصحاب هذا الاتجاه قد تجاهلوا أن الأطراف في التالبية العظمى من الحالات يخضعون العقد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون واحد. كما أنه في حالة غياب التعبير الصريح عن إرادتهم، فإن ضوابط الإسناد تعين بالتساوي نفس القانون. لأن الاتجاه الأسبق هو أن الأطراف عندما يعتمدون قانوناً معيناً ليحكم العقد الأصلي، فإنهم يكونوا قد ارتضوا بذلك إخضاع اتفاق التحكيم لنفس القانون (٣).

(١) انظر:

Sauser - Hall (G.), L'arbitrage en droit international privé,  
A.I.D.I., 1952, Tome 1, P. 530.

A.I.D.I., 1957, Tom 11, PP. 479 et SS.

(٢) انظر:

(٣) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
68, No. 115.

ومن ناحية ثانية فإنه طبقا لقانون الإرادة المستقلة، فإن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يستند إلى معطيات موجودة سلفا منذ لحظة إبرام هذا الاتفاق. على العكس من ذلك، فإنه طبقا لنظرية قانون مقر التحكيم، يتعذر تحديد القانون واجب التطبيق حتى لحظة صدور حكم التحكيم، فطبقا لأي قانون يحسم المحكمون إذن مسألة صحة اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكان التحكيم مؤكدا منذ البداية<sup>(١)</sup>. وكيف يتوقف تحديد هذا القانون على حدث لاحق غير مؤكد لا يتم إلا تطبيقا لهذا الاتفاق الذي يجب افتراض صحته منذ البداية<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثالثة فإنه طبقا لقانون الإرادة المستقلة، فإن القانون واجب التطبيق يتم تحديده بناء على الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف أو بناء على العناصر الموضوعية في حالة غياب إرادة الأطراف، بينما طبقا لنظرية قانون مقر التحكيم، فإنه إذا لم يحدد الأطراف مكان التحكيم فإن على المحكمين تحديده، وإنه من الأفضل اعتماد تحديد القانون واجب التطبيق على إرادة الأطراف أو العناصر الموضوعية بدلا من اعتياده على إرادة المحكمين التي تبدو أحيانا تعسفية<sup>(٣)</sup>.

هذا بالإضافة إلى أن اختصاص قانون الدولة مقر التحكيم يصطدم، (على نحو ما سنرى عند فحص القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم)، بالكثير من الصعوبات الجادة، سواء بسبب عدم تحديد الأطراف مكان التحكيم أو لأن هذا المكان لا يمكن تحديده على وجه اليقين كما في حالة التحكيم بالمراسلة. كما قد يتم تحديد مقر التحكيم لاعتبارات الملاءمة المحضة أو لاعتبارات أجنبية بعيدة عن النزاع<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر:

Fragistas (Ch.N.), Op. Cit., P. 8.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 70,  
No. 120.

Fragistas (Ch. N.), Op. Cit., PP. 8 - 9.

(٣) انظر:

(٤) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
70 No. 120

ثانيا: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة  
المستقلة: La Loi d'autonomie

يذهب الرأي الغالب في الفقه<sup>(١)</sup> إلى الأخذ في المقام بقانون الإرادة المستقلة مفضلا إياه على قانون الدولة مقر التحكيم وذلك على أساس أن المصلحة التعاقدية للتحكيم وإن لم يكن مسلما بها بمسئمة مطلقة إلا أنها تعد راجحة وغالبة في هذه المرحلة، (مرحلة اتفاق التحكيم)، على المصلحة القضائية. فاتفاق التحكيم أيا كانت صورته. سواء أتخذ صورة اتفاق التحكيم المستقل La Compromis أو شرط التحكيم La clause compromissoire. هو عبارة عن عقد Un Contrat. ولا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى. ومن ثم فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بمسئمة عامة هي التي تنطبق على اتفاق التحكيم. وبالطابق لهذه القواعد. فإن القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم - أي قانون الإرادة المستقلة - حيث تخضع العقود ذات الطابع الدولي في تشريعات مختلف الدول لقاعدة سلطان الإرادة. والتي لا زالت قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص. ويقوم عليها أسلا نظام التحكيم ككل وليس اتفاق التحكيم فحسب.

(١) راجع بمسئمة خاصة:

Pallieri (B.), Op. Cit., P. 341; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial Op. Cit., P. 70, No. 119; Fragistas (Ch. N.), Op. Cit., P. 7; Bernard (A.), Op. Cit., PP. 409 - 410; Motulsky (H.), les conditions de validité des clauses compromissoires et la compétence des arbitres à cet égard, Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, P. 335; Laussouarn. (Y.), et Bredin (J.D.), Op. Cit., P. 97, No. 85; Robert (J.), L'arbitrage, droit interne et droit international prive, Dalloz, 1993, P. 236, No. 267.

وراجع في الفقه المصري: الأستاذ الدكتور، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٩ ومبعضها.

ولا يواجه الحل المتقزم أدنى صعوبة في حالة قيام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم صراحة إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. بينما يصعب إعمال هذا الحل في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف. حيث يثور التنازل في هذه الحالة عن القانون الذي يضمن على المحكم اللجوء إليه. فهل يلجأ المحكم إلى قانون الدولة مقر التحكيم أم إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على موضوع النزاع؟

#### ١ - إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

قد يكتفى الأطراف بتحديد مقر التحكيم في دولة معينة بدون الإفصاح صراحة عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. في هذا الفرض، يرى أنصار قانون الإرادة المستقلة<sup>(١)</sup> أنه من المناسب أن نستخلص

---

(١) انظر على وجه الخصوص:

Fouchard (Ph.), *L'arbitrage commercial* .... Op. Cit., P. 71,  
No. 123; Lalive (P.), *Problèmes relatifs à l'arbitrage* ....  
Op. Cit., P. 632; Fragistas (Ch. N.), Op. Cit., P. 19.

وانظر أيضاً:

Robert (J.) et Moreau (B.), *Arbitrage international*, Dalloz,  
procédure civile, 1989, No. 19.

حيث ذكر أنه في حالة سكوت الأطراف، فإنه يجب اللجوء إلى التوسيع الموضوعي لاتفاق التحكيم، وبالتالي يمكن الأخذ بقانون مكان التحكيم إذا كان محدداً.

ونظر أيضاً:

Robert (J.), *L'arbitrage* ... Op. Cit., P. 236, No. 267.

وليس:

Carabiber (Ch.), *L'arbitrage international de droit privé*,  
L.G.D.J., Paris, 1960, P. 92.

حيث يذكر أنه في حالة غياب الخيار الصريح من جانب الأطراف، فإن على المحكمين الكشف عن ضابط الإسناد الرئيسي وهو ما يؤدي إلى ربط التحكيم بالدولة التي يكون له علاقة وثيقة بها. وهي في أغلب الأحوال الدولة التي يجري على إقليمها إجراءات التحكيم.

ونظر أيضاً:

Loussouarn (Y.) et Bredin (J-D.), Op. Cit., P. 98, No. 85. -

فى هذه الحالة أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة. أى الدولة مقر التحكيم. ليطبق على اتفاق التحكيم. وبصفة خاصة فى الحالة التى يكون فيها مقر التحكيم مركزا دائما للتحكيم لأن ذلك يعد سندا إضافيا لتطبيق قانون بلد هنا المركز التحكيمى.

ومع ذلك. ذهب جانب من هؤلاء الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى القول بأن الأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف ليس معناه أن مكان التحكيم يجب الأخذ به دائما كضابط للاسناد أو أنه يعد دائما كافى فى الدلالة على الاختيار الضمنى للأطراف أو التوطين الموضوعى لاتفاق التحكيم. وإنما يعد أحد الضوابط التى يمكن للمحكم أو القاضى الاستناد عليها بالتنسيق مع الضوابط الأخرى. والتى يمكن أن نذكر منها البلد محل إبرام اتفاق التحكيم وخصوصا عندما يكون هو أيضا بلد جنسية أو محل إقامة الأطراف أو المقر المشترك لهم. عندئذ من الجائز أن نفترض أن قانون هذا البلد أراد الأطراف أن يروه مطبقا على اتفاق التحكيم.

## ٢ - إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذى يحكم العقد موضوع النزاع:

يرى أنصار قانون الإرادة المستقلة<sup>(٢)</sup> أنه إذا كان مبدأ استقلال

---

- حيث ذكر أن مكان التحكيم يعتبر ذا دلالة هامة على اتجاه إرادة الأطراف نحو اختيار قانون الدولة مكان التحكيم. وأيضا د. إبراهيم أحمد. التحكيم الدولى الخامس. المرجع السابق. ص ٦٧.

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..... Op. Cit., J-Ci, Dr. Int., fasc 586-1 No. 46 etS.; Arbitrage ..... Op. Cit., Dalloz, Dr. Int., P. 121, No. 111-112.

وأيضا.

Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ..... Op. Cit., P. 632.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage .... Op. Cit., J-Ci, dr. int. fasc 586-1, No. 49 et 50.

اتفاق التحكيم عن القصد الأصلي يعنى من ناحية أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون له اسناد مستقل، وبالتالي يمكن للأطراف اختيار قانون ليحكم اتفاق التحكيم يختلف عن ذلك الذى يحكم القصد، ومن ناحية أخرى أنه فى حالة سكوت الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا يلتزم المحكمون بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم القصد موضوع النزاع على اتفاق التحكيم، مع ذلك فإن اختيار الأطراف لقانون معين ليطبق على القصد يعتبر دلالة قوية على اتجاه إرادة الأطراف نحو اختيار هذا القانون ليطبق أيضا على اتفاق التحكيم.

ويرر البعض منهم<sup>(١)</sup> هذا الحل بالقول بأنه يحقق وحدة النظام القانونى لعلاقات الأطراف كما أنه يحد من إمكانيات حدوث تنازع القوانين وتمقيدها. كما يرى البعض الآخر<sup>(٢)</sup> أن هذا الحل يبدو منطقيًا حيث توجد صلة حقيقية بين اتفاق التحكيم والقصد الأصلي، فالأول هدفه تسوية المنازعات الناشئة عن الثانى.

مجل القول: إن الاتجاه السائد لدى الفقه هو خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، أى القانون المختار سراحة بواسطة الأطراف ليطبق على اتفاق التحكيم. وأنه فى حالة تخلف قانون الإرادة، يخضع اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل التحكيم أو القانون المختار بواسطة الأطراف ليطبق على القصد موضوع النزاع.

= وفى نفس الحى راجع ليذا:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 71,  
No. 112; Fragistas (Ch.N.), Op. Cit., PP. 19 - 20; Lalive  
(P.), problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 638.

(١) نظر:

Lalive (P.), problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit.,  
P. 638.

(٢) نظر:

Cohen (D.), La soumission de l'arbitrage international à  
la loi Française, Rev. Arb., 1991, P. 155 etSS, Spéc. PP.  
168 - 169, N° 32.



## المطلب الثاني

### موقف الاتفاقيات الدولية

أولا - اتفاقية نيويورك في ١٠ يونيو سنة ١٩٥٨ :

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذه الاتفاقية لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدم الخصم التمسك ضده بالحكم الدليل على أن «اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أنضغ الأطراف الاتفاق له أو عند عدم النص على ذلك، وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم».

يتضح من هذا النص أن اتفاقية نيويورك قد أخذت في المقام الأول لقانون الإرادة المستقلة، ومن ثم يتعين الرجوع أولا إلى القانون الذي حثاره الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم. وبهذا تكون الاتفاقية قد حسنت اختلاف الذي كان قائما في السابق - على نحو ما رأينا - بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وأنصار الاتجاه الذي كان يعلى الأولوية لتطبيق قانون مقر التحكيم.

وفي حالة غياب الاختيار السريع من قبل الأطراف أوجبت الاتفاقية الأخذ بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. ومن ثم يمكن القول بأن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، في حالة غياب التحديد السريع من قبل الأطراف، تعتبر محلولة في ظل اتفاقية نيويورك، حيث يوجد قانون مختص إحتياطيا وهو قانون المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم<sup>(١)</sup>. كما يمكن القول أيضا بأن الاتفاقية

(١) رابع في نفس المعنى:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 64, N°. 110.; David (R.), L'arbitrage dans le commerce international, economica, 1982, PP. 305 et SS, No. 243; Béguin (Jacques), L'arbitrage commercial international, les éditions Yvon Blais inc, 1987, P. 123; Goldman (B.), Arbitrage ..., Dalloz, dr. int., P. 125, No. 160 et 162. et Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl., dr. int., Fasc. 586-1, No. 60.

بموجب هذا الحل تكون قد وضعت حدا للخلاف التقليدى الذى ينشأ فى حالة عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح للقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم بين أنصار الحلول الشخصية Les subjectivistes، أى أولئك الذين يؤثرون البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف، وأنصار الحلول الموسوعة Les objectivistes الذين يرون توطين عناصر العلاقة فى مثل نظام قانونى معين دون حاجة للبحث عن إرادة لا وجود لها (١).

ومع ذلك يبدو أن الاتفاقية لم تتالج سوى فرض واحد، هو الفرض الذى تثار فيه مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضى الوطنى بمناسبة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، أى بعد صدور حكم التحكيم. ففى هذه الحالة يكون مطلوباً لدى القاضى الدولة التى صدر فيها الحكم، ومن ثم يجب عليه الرجوع إلى قانون هذه الدولة.

ولم تتالج الاتفاقية الفرض الذى تثار فيه هذه المشكلة أمام المحكم أو القاضى قبل صدور حكم التحكيم دون أن يحدد الأطراف القانون واجب التطبيق. وليس هذا الفرض فرضاً نظرياً، فقد يحدث أنه عندما يلجأ أحد الأطراف إلى التحكيم فإن الطرف الآخر قد يدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم مؤسسا دفاعه على بطلان اتفاق التحكيم. وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للقاضى الوطنى عندما يدفع أمامه بعدم الاختصاص المبنى على اتفاق تحكيم متنازع فى صحته. ففى مثل هذه الأحوال، كيف يمكن للقاضى الوطنى أو المحكم تعديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم مادام أن الأطراف

---

- وفى نفس المعنى فى الفتى العبرى يُنظر: د. سلبية رثد، التحكيم فى العلاقات ..... المرجع السابق. ص ٢١٥ - ٢١٦، بند ١٧٧. د. عصام الدين القصبى، تنفيذ الدول لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ٢١ - ٢٢، بند ٢٠.

(١) راجع فى ذلك:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 74, No. 126.

ونظر أيضاً: د. سلبية رثد، التحكيم فى العلاقات ..... المرجع السابق. ص ٢١٥، بند ١٧٧.

لم يعبروا عن إرادتهم في هذا الصدد، كما أن البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم لم يتحدد بعد<sup>(١)</sup>.

ونحن نرى أن الحل الواجب الاتباع في هذا القرض يتمثل في خضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان التحكيم إذا ما كان هذا المكان محددا بداية في اتفاق التحكيم وإلا تعين اللجوء إلى القانون المختار سرا بواسطة الأطراف ليحكم المقدم موضوع النزاع وذلك أخذاً بالأحكام الواردة في الفقه على نحو ما سبق أن رأينا.

ثانياً: الاتفاقية الأوروپية المبرمة في جنيف في ٢١ أبريل سنة ١٩٦١:

نستعرض الفقرة الثانية من المادة السادسة من هذه الاتفاقية على أن «تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم. وفي المسائل الأخرى: أ - وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم. ب - وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، وفقاً لقانون البلد الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم. ج - وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، وكان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل أن يصدر فيه حكم التحكيم في اللحظة التي يكون فيها الأمر معروضاً على المحكمة التضائية، تفصل المحكمة وفقاً للقانون الذي تعين قواعد التنازع في دولتها».

(١) في نفس المعنى راجع:

David (R.), Op. Cit., P. 305 et SS, No. 243; Bourdin (R.), La convention d'arbitrage international en droit Français depuis le décret du 12 Mai 1981, droit et pratique de l'arbitrage international en France, FEDUCL, Paris, 1984, P. 31; Goldman (G.), Arbitrage ..., Op. Cit., J.-Cl. dr. int., Fasc 586-1, No. 81.

عكس ذلك راجع د. سمية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٢١٩ - ٢٢٠، حيث ذكرت أن اتفاقية نيويورك قد آتت بقاعدة إسناد احتمالية تملح كل الحالات الأخرى التي لا يوجد بمصدها قانون إختاره الأطراف بالتطبيق لتقاعدة الإسناد الأصلية. إن هذه القاعدة المذكورة تنطوي كل الفروض الممكنة.

وتنص المادة الثامنة في فقرتها الأولى على جواز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان اتفاق التحكيم «غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم، في حالة عدم اتفاق الأطراف».

وكما هو واضح من هذين النصين فإن الاتفاقية الأوربية قد أخذت بنفس الحلول التي سبق وأن أخذت بها اتفاقية نيويورك. فقد أخذت بصفة رئيسية بقانون الإرادة المستقلة ليحكم اتفاق التحكيم. وفي حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، قررت الاتفاقية قاعدة إسناد إحتياطية مفادها خضوع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم.

وقد واجهت الاتفاقية الأوربية الفرض الذي تثار فيه مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني وقبل صدور حكم التحكيم. وقد ميزت الاتفاقية بين حالتين: الحالة الأولى: إذا كان من الممكن توقع البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم، فإن قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والحالة الثانية إذا لم يكن من الممكن معرفة البلد المحتمل صدور حكم التحكيم فيه، فإن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين في المحكمة المعروض عليها النزاع. وبعبارة أخرى قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي.

ومع ذلك تظل مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم قائمة في الفرض الذي تثار فيه هذه المسألة أمام محكمة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، ويكون من غير الممكن معرفة البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم. ففي هذا الفرض، فإن الحل الذي قرره الاتفاقية، بالنسبة للقاضي الوطني، من الصعب تطبيقه بالنسبة للمحكم وذلك لأن المحكم ليس له قانون اختصاص *Lex Fori* أو قواعد إسناد يمكنه أن يلجأ إليها كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني. ومن ثم يثور التساؤل عن الحل الواجب الاتباع في هذا الفرض<sup>(١)</sup>.

(١) انظر:

ذهب بعض الفقهاء (١) إلى أن الحل في هذا القرض هو السماح للمحكم باللجوء إلى قاعدة التنازع التي يراها مناسبة Appropriée. أى أن يحدد مباشرة القانون واجب التطبيق بدون اللجوء إلى أية قاعدة تنازع قوانين في دولة بعينها.

بيد أننا نرى أن الحل الواجب الاتباع في هذا القرض هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان التحكيم إذا كان هذا المكان محددًا في اتفاق التحكيم، وإلا تمين اللجوء إلى القانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم المقد موضوع النزاع، على نحو ما سبق أن ذكرنا.

مجمل القول أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي تعرضت لسالة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوروبية، قد أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه وهو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإفادة. وفي حالة تخلف قانون الإفادة، لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، مع الأخذ في الحسبان أن قانون الدولة التي صدر فيها الحكم غالبًا ما يكون هو نفسه قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، أى قانون مكان التحكيم.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا الحل قد تبناه القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥. فقد نصت المادة (٢/٢٤) من هذا القانون على أنه لا يجوز لمحاكم الدولة التي تتبنى هذا القانون إبطال حكم التحكيم إلا إذا أثبت الطرف المدعى أن «اتفاق التحكيم غير صحيح وفقًا للقانون الذي أخضعه له الأطراف. وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف وفقًا لقانون هذه الدولة». كما نصت المادة (١/٢٦) من هذا القانون على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إلا إذا أثبت الطرف المتمسك ضده بالحكم «أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقًا للقانون الذي أخضعه له الأطراف. وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، وفقًا لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم».

فكما هو واضح من هذين التمين فإن القانون النموذجي قد أخذ في المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة. كما أخذ في المقام الثاني بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

### المطلب الثالث

#### موقف القوانين الوطنية

نعمت بعض التشريعات الحديثة المتمثلة بالتحكيم لمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بيد أنها لم تتخذ موقفاً موحداً في هذا الخصوص. فقد نمت المادة (٢/١٧٨) من القانون السويسري الجديد للتحكيم لدولي الخاص الصادر في ١٨ ديسمبر عام ١٩٨٧ على أنه «يكون اتفاق التحكيم صحيحاً من حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التي ينص عليها القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع (وخصوصاً القانون الذي يحكم العقد الأصلي) أو القانون السويسري».

ويستفاد من هذا النص أنه يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها أحد القوانين الثلاثة الآتية: ١ - القانون المختار من قبل الأطراف. ٢ - القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (وخصوصاً العقد الأصلي) سواء أكان هذا القانون مختاراً من قبل الأطراف أو من قبل المحكمين. ٣ - القانون السويسري باعتباره قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

ويترتب على ذلك أن المحكم الذي يتخذ من سويسرا مقراً للتحكيم، يجب عليه تقرير صحة اتفاق التحكيم، حتى ولو لم تتوافر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون السويسري لأي قانون مقر التحكيم. مادام قد ساءرت في هذا الاتفاق الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف ليعطبق عليه أو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

<sup>(١)</sup> راجع السمر والتطبيق عليه في:

Lalive (P.), Poudret (J-F) et Reymond (C.), Op. C.:  
PP. 321 - 325.

ويستخلص بعض الفقهاء (١) من هذا النص أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الذي يقرر صحة هذا الاتفاق. فلو أن القانون المختار بواسطة الأطراف - أي قانون الإرادة - يترتب على تطبيقه تقرير بطلان اتفاق التحكيم، فإن هذا الاختيار يصبح عديم الأثر ويكون القانون السويسري باعتباره قانون مقر التحكيم أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

ولقد أخذ بنفس الحل المتقدم المشرع الجزائري في قانون التحكيم الجديد الصادر في ٢٢ أبريل لسنة ١٩٩٢. فطبقا للمادة ٤٥٨ مكرر «١» يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم هذا الاتفاق أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع وبصفة خاصة القانون واجب التطبيق على المقد الأسلى أو القانون الجزائري.

ويرى بعض الفقهاء (٢) أنه يمكن إسناد اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم وذلك بالتطبيق للمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، باعتبار أن الجزائر طرفا في هذه الاتفاقية.

وبإلى جانب الحل المتقدم الذي أخذ به كل من القانون السويسري والقانون الجزائري، فقد أخذ القانون الأسباني الجديد بشأن التحكيم رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٨ بحل آخر مناهض. فقد نصت المادة (٦١) من هذا القانون على

---

• ونظر أيضا:

Budin (R.), La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international, Rev. Arb. 1988, P. 54; Tschanz (P.Y.), le nouveau droit suisse de l'arbitrage international, R.D.A.I., 1988, P. 440.

(١) راجع:

Tschanz (P.Y.), La convention d'arbitrage, R.D.A.I., 1989, PP. 751, et 752.

(٢) انظر:

Issad (M.), Le décret législatif .... Op Cit. P. 380.

أن «يحكم صحة اتفاق التحكيم وأثاره القانون المختار صراحة بواسطة الأطراف بشرط أن توجد صلة بينه وبين العقد الأصلي أو موضوع النزاع. وفي حالة تخلف الاختيار الصريح من قبل الأطراف، يطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي الناشئ عنه النزاع. وفي حالة عدم وجود هذا القانون، يطبق قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. وإذا لم يكن من الممكن تحديد هذا القانون، يطبق قانون محل إبرام اتفاق التحكيم»<sup>(١)</sup>.

وكما هو واضح من النص اعتمد المشرع الأسباني في المقام الأول بالقانون المختار صراحة من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم. هذا مع مراعاة أن المشرع لم يسلط للأطراف الحرية المطلقة في الاختيار بل منحهم حرية مقيدة بشرط وجود صلة بين القانون المختار من قبلهم ليحكم اتفاق التحكيم والعقد موضوع النزاع.

وفي حالة عدم وجود قانون مختار صراحة بواسطة الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم، أوجب المشرع تطبيق القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع إذا كان هذا القانون محددًا. وفي حالة عدم تحديد قانون معين ليحكم العقد موضوع النزاع، أوجب على المحكم الاعتماد بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. وفي القرض الذي يتمتع فيه مرفقة هذه الدولة مقدما، أوجب المشرع تطبيق قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم. وبهذا يكون المشرع الأسباني قد واجه كافة الفروض التي يمكن أن تثار فيها مشكلة القانون وأجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

(١) راجع النص بالفرنسية حيث يقول:

«La validité de la convention d'arbitrage et ses effets sont régis par la loi expressément désignée par les parties, à la condition qu'elle ait un rapport avec l'opération juridique principale ou avec le litige; à défaut par la loi applicable à l'opération juridique d'où découle le litige; et à défaut par la loi du lieu du prononcé de la sentence et, si celui-ci n'est pas déterminé, par la loi du lieu de conclusion de la convention d'arbitrage».

راجع نصوص هذا القانون في:



وفيما عدا هذه التشريعات التي عرضنا لها، فإن معظم التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم لم تتضمن نصوصاً تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ففي فرنسا، جاء القانون الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٨١ صامتا بالنسبة للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

وإذا كان هناك اتفاق بين الفقهاء على أن قانون الإرادة المستقلة هو القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أن الخلاف قد دب بينهم حول تحديد هذا القانون في حالة غياب القانون المختار بواسطة الأطراف. فقد ذهب بعض الفقهاء (١) إلى أنه في حالة غياب الخيار الصريح من قبل الأطراف، فإن على المحكم (أو القاضي) توطين هذا الاتفاق في إطار نظام قانوني معين، مع الأخذ في الاعتبار كل الظروف المحيطة التي تدل على الإرادة الضمنية للأطراف في هذا الخصوص. ويعتبر مكان التحكيم أحد الضوابط الأكثر تمييزاً في هذا الصدد، وإن كان لا يلعب دوراً احتياطياً للإسناد بصفة آلية.

في حين ذهب البعض الآخر (٢) إلى أنه في حالة غياب القانون

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), *L'arbitrage international* ..., Op. Cit., P. 382 et SS., No. 15.

(٢) انظر:

Bourdin (R.), Op. Cit., PP. 31 et SS.

وفي نفس المعنى راجع:

Goldman (B.), *Arbitrage* ... Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc 586-1, No. 52, 53.

حيث يرى أنه على الرغم من أن قانون التحكيم الفرنسي لم يتضمن نصاً يتعلق بالقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أن هذا القانون قد تضمن مادتين هما: المادة ١٤٩٤ وتتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، -

المختار. بواسطة الأطراف. فإن القانون الذي يجب أن يخضع له اتفاق التحكيم هو القانون الذي يحكم العقد الأصلي موضوع النزاع. وذلك على أساس أن قانون التحكيم الفرنسي قد فوض المحكمين في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف. ومن ثم فإنه من غير المتصور أن يتمتع المحكم بحرية كاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ويكون ملزماً باتباع قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. بالإضافة إلى ذلك فإن الحل الذي يعطى للمحكم حرية اختيار القواعد واجبة التطبيق على العقد موضوع النزاع ثم يلزمه باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ينطوي على تشويه لإرادة الأطراف. فهنا الحل ربما يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين أو على وجه أكثر دقة إلى تطبيق طريقتين مختلفتين في تحديد القانون واجب التطبيق. أحدهما بالنسبة للعقد الأصلي. والآخر بالنسبة لاتفاق التحكيم. أما الحل الذي نقترحه يؤدي إلى إخضاع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم إلى قانون واحد.

- وقد أعطت للأطراف في المقام الأول سلطة تحديد هذا القانون. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أعطت هذه السلطة للمحكمين. والمادة ١٤٦٦ وتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وقد أعطت للأطراف في المقام الأول الحرية في تحديد هذا القانون. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف. أعطت هذه الحرية للمحكمين. ويرى الفقيه أنه إذا كان من غير الممكن اللجوء إلى المادة ١٤٦٦ المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعد عنصراً من عناصر إجراءات التحكيم. فإنه يمكن اللجوء إلى المادة ١٤٦٦ لتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ولقد فسر ذلك بقوله إذا كان من الصحيح أن المادة ١٤٦٦ تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أن صياغتها تسمح لتشمل أيضاً اتفاق التحكيم. إذ أنها تترجم على أن "يفصل المحكم في النزاع". ولفظ النزاع يشمل النزاع القائم حول وجود أو صحة أو تفسير اتفاق التحكيم. كما أن هذا الحل يعطى للمحكم الحرية في اختيار القواعد واجبة التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف. فلا يلزمه بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف أو التوصلين الموضوعي لاتفاق التحكيم. ويسمح له بتطبيق قواعد قانونية عبر دولية Transnational مع الزلزمه بمرعاة الاعراف التجارية في جميع الأحوال.

· أما بالنسبة للقضاء الفرنسى فقد أراح نفسه من عناء مشكلة البحث عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ووضع قاعدة مفادها صحة اتفاق التحكيم فى مجال العلاقات الدولية الخاصة باستقلال أى قانون وطنى. فبعد أن أكد القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه المقد الأعلى والنظام القانونى الذى يحكمه. فإنه لم يتوقف عند هذا الحد بل ذهب إلى حد تقرير استقلال اتفاق التحكيم عن كل قانون وطنى.

وكان من أوائل الأحكام التى صدرت فى هذا الصدد، حكم محكمة استئناف باريس فى قضية Hecht الصادر فى ١٩ يونيو سنة ١٩٧٠ (١). فبعد أن أكدت محكمة الاستئناف استقلال اتفاق التحكيم تجاه المقد الأعلى بعبارة مرادفة لتلك التى استخدمها قضاء Gosset، بيد أنها ذهبت إلى مدى أبعد من مجرد ترتيب النتائج التى تترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن المقد الذى يتضمنه. فهذا الحكم لم يسند اتفاق التحكيم إلى قانون وطنى لدولة معينة، واستخلص صحة هذا الاتفاق من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم. وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم بموجب حكمها الصادر فى ٤ يوليو سنة ١٩٧٢ (٢).

وقد ذهب البعض (٢) إلى أن محكمة النقض، بموجب حكمها هذا، قد قررت قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم فى المعاملات الدولية

---

(١) راجع الحكم منشور فى:

Rev. Arb., 1972, P. 67, Note. Ph. Fouchard.

(٢) انظر الحكم منشور فى:

Rev. Arb., 1974, P. 89 et clunet 1972, P. 843, Note. B. Oppetit.

(٢) انظر:

Francescakis (Ph.), le principe Jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. Arb., 1974, P. 82, No. 25.

الخاصة تطبق أيا كان القانون الداخلي واجب التطبيق سواء أكان هذا القانون هو القانون الفرنسي أم هو قانون أجنبي. وبصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي أو ذلك الذي يحكم شرط التحكيم.

ثم عادت محكمة استئناف باريس وأكدت من جديد في حكمها الصادر في ٢٥ يناير عام ١٩٧٢<sup>(١)</sup>، ليس فقط أن اتفاق التحكيم لا يخضع للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، بل قررت صحة اتفاق التحكيم استنادا إلى إرادة الأطراف ولانحة مركز التحكيم الذي ارتضى الأطراف الخضوع له، وذلك دون أن تستند إلى قانون وطني معين يقرر صحة هذا الاتفاق.

كما أكدت محكمة استئناف باريس هذه القاعدة وبمبارات صريحة في حكمها الصادر في قضية Menicuccini في ١٢ ديسمبر عام ١٩٧٥<sup>(٢)</sup>. فقد أكدت محكمة الاستئناف في هذا الحكم على أنه «دون أن يكون هناك محل للبحث عن القانون واجب التطبيق على العقد أو إجراءات التحكيم .... فإنه يكفي لقبول الدفع بعدم الاختصاص - والذي رفضه قاضي أول درجة استنادا إلى بطلان شرط التحكيم - التأكيد على أن هذا الشرط يمد صحيحا استقلالا عن الاستناد إلى أي قانون وطني».

كما أكدت محكمة الاستئناف على هذه القاعدة في حكمها الصادر في ٢٦ مارس عام ١٩٩١<sup>(٣)</sup>. حيث قضت في هذا الحكم بأنه «في إطار المعاملات الدولية، فإن مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم يكرس استقلال اتفاق التحكيم تجاه النصوص الموضوعية للعقد المتعلق به وتجاه القانون الداخلي الواجب التطبيق على هذا العقد» وبناء عليه أتبعت المحكمة

---

(١) انظر الحكم في:

Rev. Arb., 1973, P. 158, Note Ph. Fouchard.

(٢) راجع الحكم في:

Ciunet 1977, P. 106, Note. E. Loquin, Rev. Crit., 1976,  
P. 507, Note. B. Oppetit.

(٣) راجع الحكم:

Rev. Arb., 1991, P. 456, Not. Hélène Gaudement - Ialton.

تطبيق القانون الليبي، باعتباره القانون واجب التطبيق على المقد، من أجل تقدير وجود وسعة اتفاق التحكيم. وفي نفس الوقت لم تستند إلى أى قانون وطنى فى تقرير صحة هذا الاتفاق.

ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن. ونرى أنه من الضرورى إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانونى وطنى معين يتحدد على أساسه ما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا أم باطلا. حيث يبدو لنا أن تقرير صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الاستناد إلى نظام قانونى وطنى معين ليس إلا تطبيقا لنظرية المقد بدون قانون. تلك النظرية التى تعرضت للكثير من الانتقادات على نحو ما سنرى عند بحث مسألة القانون واجب التطبيق على المقد موضوع النزاع. إن أى عقد لا يمكنه أن ينشأ فى فراغ بل لابد أن يستند إلى نظام قانونى وطنى معين يستمد منه صحته وقوته الملزمة. فالإرادة وحدها لا يمكنها إحداث أى أثر قانونى إلا إذا اعترف لها القانون واجب التطبيق بالقدرة على إحداث هذا الأثر. كذلك الشأن بالنسبة لاتفاق التحكيم. فهذا الاتفاق باعتباره عقد يجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية والشكلية التى يتطلبها القانون الذى يحكمه حتى يمكنه أن ينشأ صحيحا<sup>(١)</sup>.

كما أن تقرير صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون وطنى معين معناه أن هذا الاتفاق لا يمكن تقرير بطلانه بسبب نقص فى أهلية أحد الأطراف أو عيب فى الرضاء أو عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، وهو ما لا يمكن قبوله. هنا بالإضافة إلى أن هذه القاعدة التى وضعها القضاء الفرنسى والتى مفادها صحة اتفاق التحكيم استقلالا عن كل قانون وطنى قد أثارت العديد من التنازلات لا سيما فيما يتعلق بمصدرها وطبيعتها. فقد ثار التنازل حول مصدر هذه القاعدة وما إذا كانت قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى أم أنها

(١) راجع فى نفس المعنى:

قاعدة دولية من قواعد التحكيم الدولي أو ما يسمى بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria. ولم تتضمن الأحكام المقررة لهذه القاعدة أى إجابة لهذا التساؤل. ولقد اختلف الفقه بشأنه، فذهب رأى إلى أن هذه القاعدة تنتمى إلى قانون التجارة الدولية<sup>(١)</sup>. فى حين ذهب رأى آخر إلى أنها قاعدة موضوعية فى القانون الدولي الخاص الفرنسى<sup>(٢)</sup>.

كما ثار التساؤل أيضا عما إذا كانت هذه القاعدة ذات طابع مطلق بمعنى أن استئثار اتفاق التحكيم تجاه كل قانون وطنى استئثار كلى أم أن هناك مسائل تخرج عن نطاق هذه القاعدة، ومن ثم يتعين إسنادها إلى قانون وطنى معين يتم تحديده طبقا لقواعد التنازع، مثل المسائل المتعلقة بالأهلية. والتراضى، ومدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه<sup>(٣)</sup>، ممن علقوا على هذه الأحكام، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من استمرار خضوع هذه المسائل للقانون المعين بواسطة قواعد تنازع القوانين.

ويمكننا أن نضيف إلى ما تقدم أن هذا الحل المذكور لا يتفق مع الحلول التى قررتها اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوربية والتى تتشمل فى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة أو قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم فى حالة عدم وجود قانون مختار من قبل الأطراف.

(١) انظر:

Goldman (B.), *Not Sous L'arrêt Hecht*, Paris 19 Juin 1970, J.C.P., 1971, 11, 16927.

(٢) انظر:

Francescakis (Ph.), *Op. Cit.*, No. 29; Opetit (B.), *Note Sous Paris*, 13 Décembre 1975, *Rev. Crit.*, 1976, P. 507, *Spéc. P.* 514; Loquin (E.), *Note Sous Paris*, 13 Décembre 1975, *clunet* 1977, P. 106, *Spéc. P.* 112; Boisseson (M.), *Le droit Français ... Op. Cit.*, P. 487, No. 577 et P. 493, No. 580.

(٣) انظر:

Francescakis (Ph.), *Op. Cit.*, No. 31; Opetit (B.), *Note précitée*; Loquin (E.), *Note Précitée*.

وفى مصر، لم يتضمن قانون التحكيم الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أى نص يتعلق بمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وذلك على الرغم من أن هذه المسألة يمكن أن تثار - طبقاً لهذا القانون - أمام هيئة التحكيم أو القاضى الوطنى. تثار مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم عندما يدفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها استناداً إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه (م ١/٢٢) أو أمام القاضى الوطنى بمناسبة الطعن فى حكم التحكيم بالبطلان وذلك عندما يطعن أحد الأطراف ببطلان الحكم استناداً إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه (م ١/٥٢).

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق ليس محل جدل، فإن التساؤل يثور بشأن تحديد هذا القانون فى حالة غياب القانون المختار بواسطة الأطراف. وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه (١) فى مصر إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مكان التحكيم كما حدده الأطراف أو كما يحدده نظام التحكيم الذى أحال إليه الأطراف. وذلك فى حالة عدم وجود قانون مختار بواسطتهم.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا الحل قبل صدور قانون التحكيم الحالي. ففى حكمها الصادر فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٨٢ (٢) قضت محكمة النقض بأنه «... يرجع فى تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لأثارة الى قواعد القانون الإنجليزى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على إجراء التحكيم فيه ...». وقد أخذت المحكمة بنفس القاعدة فى حكمها الصادر فى ١٢ يونيو سنة ١٩٨٢ (٣). حيث قضت بأنه

---

(١) انظر: أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى للغا، المرجع السابق، ص ٦٩ ولاحقاً وخصوصاً ص ٦٧.

(٢) حكم صادر فى الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ قضائية، وهو حكم غير منشور. راجع د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى للغا، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) حكم صادر فى الطعن رقم ١٢٥٩ سنة ٤٩ قضائية، وهو حكم غير منشور. راجع د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى للغا، المرجع السابق، ص ٧٧.

«يرجع في شأن تقرير سحة شرط التحكيم وترتيبه لأثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه». ولقد أتاحت الفرصة لمحكمة النقض في التأكيد على هذه القاعدة في العديد من القضايا اللاحقة<sup>(١)</sup>.

ويمكننا أن نضيف إلى ما تقدم أنه من الممكن الوصول إلى هذا الحل من نصوص قانون التحكيم ذاته. فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية .....» فهذا النص يؤكد حرص المشرع المصري على الأخذ بالحلول التي أقرتها الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها مصر. وقد سبق أن رأينا أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والتي انضمت إليها مصر، تأخذ في المقام الأول ببدا سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفي المقام الثاني بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، وهو غالباً قانون الدولة مكان التحكيم.

## المطلب الرابع

### موقف أحكام التحكيم

بدراسة العديد من أحكام التحكيم الصادرة في إطار المعاملات الدولية الخاصة، رخصاً تلك الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية، يمكن القول بأنها تعند في المبدأ الأول بالقانون المختار بواسطة الأطراف أنفسهم ليُطبق على اتفاق التحكيم. وبمباراة أخرى، تأخذ أحكام التحكيم بالاتجاه السائد لدى الفقه الغالب والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أي قانون الإرادة المستقلة. بيد أن هذه الأحكام اختلفت فيما بينها بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف. وفي هذا الصدد

---

(١) من ذلك حكمها الصادر في ١٩٨٦/١١/١٠ في الطعن رقم ٥٠ لسنة ٥١ ق، وحكمها الصادر في ١٩٨٧/٢/٩ في الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥١ ق، وهي أحكام غير منشورة، راجع د. محمود هشام، المرجع السابق، ص ١٦٤ ملحق رقم (٢).



يمكن أن نميز بين اتجاهين: الاتجاه الأول ويأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم، والاتجاه الثاني يلجأ إلى تطبيق قواعد غير وطنية Anational.

### الاتجاه الأول: إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

قضت العديد من أحكام التحكيم بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، ويمكن أن نذكر في هذا الصدد حكم التحكيم الصادر في باريس في القضية رقم ١٥٠٧ عام ١٩٧٠<sup>(١)</sup>، ففي هذا الحكم، بدأت محكمة التحكيم بالبحث عن قانون الإرادة، ولما تبين لها عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، أوضحت أنه يجب على المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق، وذلك بقولها «بما أن الأطراف لم يتفقوا عند التعاقد على خضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي للقانون الألماني، فلا يوجد إذن أي نص اتفاهي يخضع شرط التحكيم للقانون الألماني باعتباره القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، ومن ثم يجب على المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق على هذا الشرط».

وبعد أن أكدت محكمة التحكيم على استقلال شرط التحكيم وإمكان خضوعه إلى قانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، قررت أنه «من حيث المبدأ، أن صحة شرط التحكيم تكون محكمة بالقانون النافذ في البلد مقر محكمة التحكيم».

وقد سار في نفس الاتجاه أيضا حكم التحكيم الصادر في جنيف في القضية رقم ٤٥٠٤ عام ١٩٨٦<sup>(٢)</sup>، فبعد أن أكدت محكمة التحكيم على استقلال شرط التحكيم وإمكان خضوعه لقانون مختلف عن القانون الذي

---

(١) انظر:

Sentence CCI, rendue à Paris, dans l'affaire No. 1507  
EN 1970, Clunet 1974, P. 913.

(٢) انظر:

Sentence rendue à Genève en 1986 dans l'affaire No.  
4504, Clunet 1986, P. 1118

يعكم العقد الإصلى. قررت إخضاعه لقانون البلد مقر التحكيم. ولما كانت مدينة جنيف بسوسرا مقرا لهذه المحكمة فقد انتهت إلى أن هذا الشرط » يجب أن يقدر طبقا للماهدة السويسرية للتحكيم الصادرة عام ١٩٦٩ والتي انضمت إليها مقاطعة جنيف عام ١٩٧١».

ويعتبر حكم التحكيم الصادر فى باريس فى القضية رقم ٥٧٢٠ عام ١٩٨٨ (١) معبرا فى هذا الخصوص وفى هذا الحكم. بدأت المحكمة بالتاكيد على حقها فى تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم استنادا إلى إرادة الأطراف. وذلك بقولها «إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إخضاع العقد الأصلى للقانون اليونانى كما هو واضح من المادة الثانية من عقد تولى المحكمين L'acte de mission فإنهم. فى المقابل. فوضوا محكمة التحكيم فى تحديد القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم الوارد فى العقد الأصلى وذلك فى الفقرة الأولى من المادة السابعة من عقد تولى المحكمين. وبالتالي تكون هذه السألة من اختصاص محكمة التحكيم». وفى معرض بحثها عن القانون واجب التطبيق. رفضت محكمة التحكيم الأخذ بالقاعدة الموضوعية التى قررها القضاء الفرنسى - وأخذت بها وطلبتها بعض أحكام التحكيم - والتي مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم فى المعاملات الدولية الخاصة باستقلالاً عن كل قانون وطنى. وقدرت أن «اتفاق التحكيم يجب أن يستمد قوته الملزمة من نظام قانونى معين».

وبعد أن استبعدت محكمة التحكيم فكرة استقلال اتفاق التحكيم تجاه كل قانون وطنى. وأكدت على ضرورة اسناد هذا الاتفاق إلى نظام قانونى معين. بحثت مدى إمكانية تطبيق القانون اليونانى باعتباره قانون محل الإبرام. وقررت المحكمة فى هذا الشأن أنه «على الرغم من أن اسناد العقد إلى قانون محل الإبرام معترف به عموما فى القانون الدولى الخاص الفرنسى

(١) انظر:

Sentence CCI, rendue à Paris, dans l'affaire No. 5730, 24  
Août 1988. Rev. Arb., 1992, P. 125, Spéc. PP. 129 - 130.

ومحل تأييد من قبل بعض الفقهاء فى مسائل التحكيم الدولى. بيد أن هذا الحل ليس له طابع ملزم، كما أنه غير مقرر من قبل القانون الوضعى. وبصفة خاصة المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية. وذلك لأن مكان الإبرام غالبا ما يكون عارضا فى مجال التجارة الدولية بحيث يصعب معه القول بأن الأطراف قد أرادوا إخضاع صحة اتفاقهم لقانون هذا المكان».

كما بحثت محكمة التحكيم إمكانية تطبيق القانون اليونانى باعتباره القانون واجب التطبيق على العقد الأسمى وفقا لاتفاق الأطراف. وفى هذا الصدد قدرت المحكمة أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأسمى الذى يتضمنه، والمعترف به فقها وقضاءا يترتب عليه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذى يخضع له العقد الأسمى. ومع ذلك فى الغالبية المظلمى من الحالات، ينوى الأطراف إخضاع العقد الأسمى واتفاق التحكيم لقانون واحد. بحيث توجد قرينة على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى إخضاع اتفاق التحكيم للقانون المختار ليحكم العقد الأسمى. بيد أن المحكمة قدرت عدم وجود مثل هذه القرينة فى القضية المعروضة عليها لعدم وجود ما يشير إلى أن الأطراف قد ارتضوا إخضاع العقد للقانون اليونانى عند إبرامه، فهذا القانون لم يتم إختياره من قبل الأطراف إلا فى عقد تولية المحكمين. وهذا الأخير قد ترك مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم لمحكمة التحكيم ذاتها.

وبعد ذلك كله، انتهت المحكمة إلى إخضاع صحة اتفاق التحكيم للقانون الفرنسى باعتباره قانون مكان التحكيم. وأوضحت أن هذا الحل قد أخذ به مجمع القانون الدولى، وأخذت به المادة (١-د) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والمادتين (٢/٦، ١/١٩) من الاتفاقية الأوروبية عام ١٩٦١. كما يأخذ به جانب كبير من الفقه، وذلك فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق.

والى جانب الأحكام السابق ذكرها، هناك العديد من الأحكام التى

أخذت بقانون الدولة مقر التحكيم<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني: إخضاع اتفاق التحكيم لقواعد غير وطنية:**

رفضت بعض أحكام التحكيم إسناد اتفاق التحكيم إلى قانون وطني معين، وفصلت في وجود وصحة هذا الاتفاق بالاستناد إلى الإرادة المشتركة، وعادات التجارة الدولية، والمبادئ العامة للقانون.

ففي حكم التحكيم الصادر في ٢٢ سبتمبر لسنة ١٩٨٢ في القضية رقم ١١٣١<sup>(٢)</sup>، بعد أن استجبت محكمة التحكيم القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من الانطباق على اتفاق التحكيم بناء على استقلاله، أكدت وهي بمصد البحث عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه «بما أن الأطراف قرروا أن يجري التحكيم وفقا للائحة غرفة التجارة الدولية، فإنهم بذلك يكونوا قد أدمجوا في العقد المبرم بينهم هذه اللائحة .... ولما كانت هذه اللائحة تتضمن نما يعطى للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه دون أن تلزمه بتطبيق قانون وطني معين، فإن المحكمة سوف

---

(١) انظر:

Sentence CCI, Rendue dans l'affaire No. 4392 en 1983, clunet 1983, P. 907; Sentence CCI, Rendue dans l'affaire No. 4472 en 1984, clunet 1984, P. 946; Sentence CCI, Rendue dans l'affaire No. 4145 en 1984, clunet 1985, P. 985; Sentence rendue à Zurich, dans l'affaire No. 5832 en 1988, clunet 1988, P. 1198.

(٢) انظر:

Sentence CCI, Rendue a Paris, dans l'affaire No. 4131 en 23 Septembre 1982, Rev. Arb., 1984, P. 137; Spec. P 142, clunet 1982, P. 899. Obs. Y. Derains.

إذا يذكر الحكم في منا الخصوص أنه:

«Le tribunal déterminera la portée et les effets des clauses compromissaires dont il s'agit ... en se fondant sur la commune volonté des parties ... et en tenant également compte ... des usages conformes aux besoins du commerce international».

تتولى تحديد نطاق وأثار شرط التحكيم بالاستناد على الإرادة المشتركة للأطراف. مع الأخذ في الاعتبار عادات التجارة الدولية».

وفي حكم التحكيم الصادر في أستكهولم في القضية رقم ٤٣٨١ عام ١٩٨٦<sup>(١)</sup>. قضت محكمة التحكيم بأنه «بما أن اتفاق التحكيم لا يتضمن أي نص يتعلق بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على صحة اتفاق التحكيم. فإن على المحكمة اختيار هذه القواعد لتحديد صحة هذا الاتفاق دون أن تكون ملزمة بتحديد القانون الدولي الخاص الواجب التطبيق، بشرط عدم مخالفة هذا الاختيار لقواعد التحكيم الإيرانية والفرنسية».

(١) راجع:

Sentence CCI, Rendue à Stockholm, dans L'affaire No. 4381 en 1986, clunet 1986, P. 1103 et SS. Spec. P. 1104.

حيث نبت محكمة التحكيم إلى أنه:

«Considérant que ... la dite convention d'arbitrage ne renferme aucune précision quant aux sources du droit applicables à la validité de la convention d'arbitrage ... il incombe au tribunal d'arbitrage de choisir les sources de droit applicables pour la détermination de la validité de la convention d'arbitrage, sans qu'il lui soit nécessaire d'établir le droit international privé applicable ... à condition que ce choix ne soit pas contraire aux règles d'arbitrage iraniennes ou Françaises.

Considérant que les parties se sont référées dans la présente affaire au règlement de la CCI et qu'il est constant que le dit règlement ... confère à l'arbitre le pouvoir de prendre toute décision sur sa propre compétence, ... sans lui prescrire d'appliquer pour ce faire une loi étatique quelconque ... le tribunal prendra position quant à la validité de la clause compromissoire en question sur la base de la commune volonté des parties ... et en tenant compte également des usages conformes aux besoins du commerce international, dans la mesure où les sources de droit, allant à l'encontre des règles d'arbitrage Françaises ou iraniennes».

وبما أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع التحكيم للائحة غرفة التجارة الدولية. وكان من الثابت أن هذه اللائحة تعطى للمحكم سلطة اتخاذ القرار بالفصل في اختصاصه دون الزامه بتطبيق قانون وطني معين. فإن محكمة التحكيم تفصل في صحة شرط التحكيم على أساس الإرادة المشتركة للأطراف والتي يمكن استخلاصها من الظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ العقد. مع الأخذ في الاعتبار عادات التجارة الدولية. كل ذلك في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه القواعد مع قواعد التحكيم الفرنسية أو الإيرانية».

وكما هو واضح من الحكم المذكور. فإن محكمة التحكيم قد أخذت بالحجة التي استند إليها الحكم السالف الإشارة إليه. وهي أنه في حالة عدم وجود اتفاق مغاير للأطراف. فإن اسناد التحكيم إلى لائحة غرفة التجارة الدولية يمنح المحكمين سلطة تقرير صحة شرط التحكيم وتحديد نطاقه وأثاره استقلا عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي. ودون إلزامهم باللجوء إلى قانون وطني معين<sup>(١)</sup>.

وفي حكم التحكيم الصادر في باريس في القضية رقم ٥٠٦٥ عام ١٩٨٦<sup>(٢)</sup>. قررت محكمة التحكيم. وهي بصدد تحديد القانون واجب

---

(١) انظر ملاحظات الأستاذ Derains على هذا الحكم:

Clunet, 1986, PP. 1107 etSS.

(٢) انظر:

Sentence CCI, Rendue à Paris dans l'affaire No. 5065, en 1986. clunet 1987, P 1039, Spéc. PP. 1041 - 1042.

إن يذكر:

«Quelque soit le droit approprié pour régir le contrat lui-même, et qu'il s'agisse ou non d'un droit national, il me semble que ... le droit le plus approprié pour régir la question de l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas celui d'un système national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international, et en particulier le principe de bonne foi».

التطبيق على اتفاق التحكيم، أنه «أيا كان القانون المناسب لحكم المقء نفسه، وسواء أكان قانونا وطنيا لم لا، فإنه يبدو لى أن ..... القانون الأكثر مناسبة ليحكم مسألة وجود اتفاق التحكيم ليس نظاما قانونيا وطنيا معينا بل المبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية، وبصفة خاصة مبدأ حسن النية».

ومن أحكام التحكيم المعبرة فى هذا الخصوص والمتصلة بالتحكيم محل الدراسة يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى النزاع الذى ثار بين الشركة الفرنسية FLF-Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية المسماة «نيوك NIOC» فى ١٤ يناير عام ١٩٨٢ (١). ففى هذا الحكم، أكد المحكم على أن المسائل المثارة أمامه لا يمكن حلها إلا بتطبيق نظام قانونى معين، وبالتالي فإنه من الضرورى قبل النظر فى هذه المسائل والرد عليها والوصول إلى نتيجة نهائية، تحديد النظام القانونى واجب التطبيق عليها (٢).

وبعد أن استبعد المحكم تطبيق القانون الإيرانى استنادا إلى المادة (١٤) من المقء موضوع النزاع والى تنس على عدم تطبيق قانون البترول الإيرانى لعام ١٩٥٧ وكل القوانين واللوائح الأخرى التى تتعارض مع نموس هذا المقء، واستبعد تطبيق القانون الدنماركى باعتباره قانون الدولة مقر التحكيم مبررا ذلك بعدم وجود صلة حقيقية بين هذا التحكيم ودولة المقر أكد المحكم أن اتفاق الأطراف هو أساس التحكيم وأنه لا يمكن افتراض أن الأطراف قد اختاروا قانونا آخر غير ذلك المنصوص عليه فى المادة ١١/٥ من المقء موضوع النزاع وتنص المادة المذكورة على أنه من المتفق عليه أن محكمة التحكيم أو المحكم الوحيد يمكنه تأسيس حكم التحكيم على اعتبارات العدالة ومبادئ القانون المحترف بها عموما، وخصوصا مبادئ القانون

(١) انظر:

Sentence Rendue à copenhague, le 14 Janvier 1982.

Rev. Arb., 1984, P. 401.

Ibid, P. 409, No. 13.

(٢) انظر:

الدولى. دون أن يكون ملزما بمراعاة قاعدة قانونية معينة. وبناء عليه انتهى المحكم إلى أن مسألة ما إذا كان يستطيع أن يتصرف باعتباره محكما وحيدا فى هذه القضية يجب أن تحسم على أساس مبادئ القانون الدولى واعتبارات العدالة كما هي منصوص عليها فى المادة (٤١) من المبدأ (١).

وفيما يتعلق بادعاء الشركة الإيرانية بأنها شركة إيرانية وتخضع للقانون الإيرانى وبالتالي لا يجوز لها المشاركة فى إجراءات التحكيم. أعلن المحكم «أنه من مبادئ القانون الدولى المعترف بها أن الدولة ملزمة بشرط التحكيم الوارد فى المبدأ المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى هيئاتها، وأنه طبقا لاعتبارات العدالة والمبادئ القانونية المعترف بها فى القانون الدولى لا يجوز لدولة إيران إلغاء شرط التحكيم بإرادتها المنفردة. وأن القانون ذات المادة الواحدة وقرار اللجنة الخاصة المتخذ بناءا على هذا القانون لا يمكنهما إلغاء فعالية شرط التحكيم» (٢).

الخلاصة: أن المحكم فى هذه القضية قد استند فى تقرير القوة الملزمة لاتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو إحدى هيئاتها العامة إلى مبادئ القانون الدولى واعتبارات العدالة باعتبارها النظام القانونى المختار بواسطة الأطراف ليطبق على العقد طبقا لنس المادة (٤١) من هذا المبدأ.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع ما ذهب إليه هذه الأحكام وذلك للمديد من الأسباب التى يمكن إيجازها فيما يلى:

أولا: أن تقرير وجود اتفاق التحكيم وصحته والقوة الملزمة له يجب أن تستند إلى نظام قانونى معين. فاتفاق التحكيم بدون قانون - شأنه فى ذلك شأن العقد بدون قانون - أمر غير متصور. فالعقد لا يمكنه أن يحدث آثاره القانونية إلا فى الحدود التى يسمح له بها نظام قانونى معين (٣).

(١) انظر: Ibid, P. 409 - 412, No. 14 - 20.

(٢) انظر: Ibid, P. 418 etSS., No. 38 - 42.

(٣) انظر فى نفس المعنى:

Mayer (P.), L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Recueil des cours, 1989, P. 325, Spéc. P. 404, No. 81.



ثانياً: أن الأسس التي استندت إليها هذه الأحكام متنازع فيها، فمن ناحية أن الاستناد إلى إرادة الأطراف وحدها لتقرير صحة اتفاق التحكيم أمر لا يمكن قبوله، إذ أن إرادة الأطراف ليست نظاماً قانونياً مستقلاً، بل أن هذه الإرادة تحتاج إلى نظام قانوني معين يمنحها القوة الملزمة<sup>(١)</sup>، قد يقال أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع التحكيم بما في ذلك اتفاق التحكيم للادعة تحكيم غرفة التجارة الدولية والتي تؤدي دور قانون! المقدم Lex Contractus بيد أن هذا القول لا يمكن الأخذ به، إذ أنه يفترض أن المؤسسات الخاصة للتحكيم تحوز سلطة تشريعية مماثلة لتلك التي تحوزها الدول، وهو فرض غير صحيح لأن هذه المؤسسات لا تحوز سلطة إجبار خاصة بها<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثانية فإن الاستناد إلى أن غرفة التحكيم تعطي للمحكّمين سلطة الفصل في اختصاصهم دون أن تلزمهم بالاستناد في ذلك إلى قانون

---

- حيث يذكر أن:

«La convention d'arbitrage (Sans Loi) est, comme tout contrat sans loi, inconcevable, un contrat ne pouvant avoir d'effet juridique que dans la mesure où un order juridique quelconque lui en confère un».

Ibid, P. 388. (١) انظر:

بذ يذكر أن:

«La volonté des parties N'est pas un système juridique autonome, mais se voit nécessairement conférer sa force obligatoire par un système juridique, national ou international».

Ibid, P. 386, No 58. (٢) انظر.

حيث يرى أن:

«Cette conception est indéfendable, elle supposerait que les organisations privées d'arbitrage ont un pouvoir législatif analogue à celui des États, or il n'en est rien, ne serait - ce que parce qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir de contrainte propre».

وطنى معين أمر محل جدل، فلذا كان صحيحاً أن نص المادة (٢/٨) من هذه اللائحة لا يفرض على المحكمين أى التزام فيما يتعلق بالقانون الذى يتم تقدير اتفاق التحكيم وفقاً له، فذلك لأن الفرض من هذا النص هو شيء آخر غير ذلك، إن الفرض من هذا النص هو تحديد الجهة المختصة بالنقل فى اختصاص المحكمين عند المنازعة فيه، ولقد تبنى النص مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أما أن النص المذكور لم يقدم للمحكمين توجيهاً عن كيفية تحديد اختصاصهم، فهذا لا يمكن مطلقاً أن يستخلص منه أن لائحة التحكيم تستبعد اللجوء إلى أى قانون وطنى فى تقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: إن الاستناد فى تقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم وقونه الملزمة إلى عادات التجارة الدولية وحدها أو المبادئ العامة للقانون أو مبادئ القانون الدولى أمر محل نقاش، فمن ناحية إن هذه المصادر القانونية تمتد من المصادر الإحتياطية فى الأنظمة القانونية المختلفة، الداخلة والدولية، بيد أنها لا تشكل فى حد ذاتها نظاماً قانونياً مستقلاً قائماً بذاته، ومن ناحية أخرى، إذا كان من الممكن اللجوء إلى هذه المصادر عندما ينصب النزاع حول تفسير شرط وارد فى العقد أو تنفيذ التزام معين بكيفية معينة، بيد أن الالتجاء إلى هذه المصادر وحدها لا يكفى عندما ينصب النزاع حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم، فنحن نشكك فى وجود عادات أو مبادئ تنظم المسائل المتعلقة بالتراضى وكيفية التعبير عنه وعبوبه أو الأهمية ... الخ.

وأخيراً، تجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن هذا الحل لا يتفق مع الحلول التى أقرتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوروبية، والتى تسهل فى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وفى حالة تخلف قانون الإرادة، لقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم.

ولذا حذر بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> من اتباع هذا الحل قائلا: إن استقلال اتفاق التحكيم تجاه كل قانون وطني في مسائل التحكيم الدولي قد لا يتفق مع النصوص القانونية في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، فلو تضمنت هذه النصوص قواعد أمرة تتعلق بصحة اتفاق التحكيم، فإن على المحكم أن يأخذ هذه النصوص في الاعتبار وإلا فإن الحكم الصادر عنه سوف يكون عرضة ليس فقط للبطلان في إقليم الدولة مقر التحكيم بل أيضا سوف يرفض تنفيذه على أساس المادة (١/٥) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والتي تنص على إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم في حالة وجود إختيار صريح من قبل الأطراف.

**الخلاصة:** نخلس من هذا العرض المتقدم إلى أن الاتجاه السائد لدى الفقه الغالب، والاتفاقيات الدولية، وكذلك غالبية أحكام التحكيم، هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة أو لقانون الدولة محل التحكيم في حالة تخلف قانون الإرادة ونرى الأخذ بهذا الحل بالنسبة لاتفاق التحكيم المتعلق بمقود البترول المبرمة بين الدول أو هيئاتها العامة والشركات الأجنبية.

وبناء عليه، لا يجوز للدولة، أو الشخص العام التابع لها، الإمتناع عن المشاركة في إجراءات التحكيم أو الدفع بعدم اختصاص المحكمين أو مسفة عملة محاولة التمسك من اتفاق التحكيم الذي وافقت عليه مستندة في ذلك إلى قانونها الوطني، اللهم إلا إذا كان هذا القانون هو القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بوسفه القانون المختار مراحة من قبل الأطراف أو باعتباره قانون الدولة مكان التحكيم في حالة تخلف قانون الإرادة.

ولكن السؤال الذي يثور هو هل يحكم هذا القانون (قانون الإرادة أو القانون الإحتياطي له) كل المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم أم أن هناك بعض المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق هذا القانون؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الصفحات التالية.

(١) نظري:

## المبحث الثاني

### نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق

#### على اتفاق التحكيم

يمكن القول بوجه عام أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يحكم المسائل المتعلقة بتكوين هذا الاتفاق وشروط صحته. فهذا القانون هو الذي يحكم التراضى وغيوب الإرادة، وكذلك المحل والسبب.

كما يحكم هذا القانون - من حيث المبدأ - الآثار التي تترتب على اتفاق التحكيم. فهذا القانون هو الذى يحدد اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع، وما إذا كان لهم الحق فى الفصل فى اختصاصهم عند المنازعة فيه. كما أن هذا القانون هو الذى يقرر عدم اختصاص القضاء الوطنى وحدوده وكيفية وضعه موضع التنفيذ<sup>(١)</sup>.

هنا مع مراعات القواعد الموضوعية التى قررتها الاتفاقيات الدولية

---

(١) راجع فى ذلك:

Loussouarn (Y.), et Berdin (J.-D.), Op. Cit., PP. 98 - 99. No. 87; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 77 - 78. No. 131 - 133; Huys (M.), et Keutgen (G.), L'arbitrage en droit Belge et international, Bruylant, Bruxelles, 1981, P. 472, No. 671; Foustoucos (A.C.), L'arbitrage interne et international en droit privé Hellenique, librairie techniques, Paris, 1976, P. 227 No. 341.

وللزيد من التفاصيل انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, Dr. Int., P. 122 etSS., No. 114 etSS. et Arbitrage ... Op. Cit., J.-Cl. Dr. Int., Fasc 586-1. No. 83 etSS.

وراجع فى الفقه المصرى. د. عز الدين عبدالله، تنازع التوطين فى مسائل التحكيم ..... المرجع السابق، ص ٤٦، بند ٢١ - د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٧٤ ومبعضها. د. هشام خلفه، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه، وطرق تسوية المنازعات التى تنور بشقه، رسالة دكتوراه، كلية حقوق الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٢٨ ومبعضها.

المتعلقة بالتحكيم، وإمكانية تدخل قانون القاضى خاصة فيما يتعلق بالأثر السلبى لاتفاق التحكيم أى استبعاد اختصاص القضاء الوطنى<sup>(١)</sup>، على نحو ما سنرى عند دراسة آثار اتفاق التحكيم.

على أنه إذا كان القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذى يحكم وجود هذا الاتفاق وشروط صحته، بيد أن هناك ثلاثة مسائل تخرج من نطاق تطبيق هذا القانون ويشور التناول بشأنها عن القانون واجب التطبيق عليها، وهذه المسائل هى: شكل اتفاق التحكيم، ومدى قابلية النزاع للتحكيم، وأهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم، ونتولى دراسة هذه المسائل تباعا كلا فى مطلب مستقل.

## المطلب الأول

### شكل اتفاق التحكيم

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضاء الأطراف المتعاقدة، فهل يكفى هذا الرضاء لقيام التحكيم؟ أم يجب أن يتم إفراغه فى شكل معين؟ وبعبارة أخرى هل يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا؟ وإن كان كذلك فما نوعية هذه الكتابة؟ زد على ذلك إذا نازع أحد الأطراف فى صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل، عندئذ يشور التناول عن القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم وما إذا كان هذا القانون هو نفس القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم من حيث الموضوع أم قانون آخر؟

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغى أن نعرض أولا لموقف القوانين الوطنية، ثم للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأخيرا نتولى بحث مسألة القانون الذى يحكم شكل اتفاق التحكيم.

(١) انظر فى نفس المعنى:

## أولاً: القوانين الوطنية:

اشترطت معظم القوانين الوطنية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. بيد أنها اختلفت فيما بينها حول شكل الكتابة المطلوبة وما إذا كانت رسمية أم عرفية وحول ما إذا كانت الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم أم أنها فقط للمجرد الإثبات.

تنهب بعض القوانين الوطنية إلى ضرورة كتابة اتفاق التحكيم كتابة رسمية، بمعنى أن يرد اتفاق التحكيم في محرر رسمي موثق *Acte authentique*، وذلك باعتبار أن الاتفاق يمثل الأساس القانوني *La base légale* للتحكيم. كما هو الحال في كوستاريكا وبيرو وفنزويلا والمكسيك والبرتغال<sup>(١)</sup>.

بيد أن غالبية القوانين الوطنية لم تتطلب أن تكون الكتابة رسمية. وتكتفى بأن تكون الكتابة عرفية بمعنى أن يرد اتفاق التحكيم في عقد عرفي *un act sous seing privé*، وذلك كما هو الحال في بريطانيا وأمريكا وروسيا وبقية الدول الاشتراكية والهند<sup>(٢)</sup>. وفي بعض دول أمريكا اللاتينية كالأرجنتين وبنما وشيلي والبرازيل. وفي بوليفيا بالنسبة للتحكيمات التجارية<sup>(٣)</sup>. بل وهناك بعض القوانين التي لم تشترط الكتابة في

---

(١) راجع في ذلك:

Huys (M.) et Keutgn (G.), Op. Cit., P. 473, No. 674.

David (R.), Op. Cit., P. 272.

وراجع أيضاً: الأستاذ الدكتور محمود علهم، المرجع السابق، ص ١٠٢، بند ١/٢٧.

(٢) انظر:

Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 473, No. 674.

(٣) انظر:

Van Den Berg, L'arbitrage commercial en Amérique latine

Rev. Arb., 1979, P. 141.; Bruns (R.), et Motulsky (H.),

Tendances et perspective de l'arbitrage international,

R.I.D.C. 1957, PP. 719 - 720.

اتفاق التحكيم. كما هو الحال في ألبانيا حيث يجوز التحكيم الشفوي بالنسبة للمعاملات التجارية<sup>(١)</sup>. وكذلك أيضا في كولومبيا وفقا للقانون الجديد للتحكيم الصادر في ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٩، والمعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن معظم القوانين التي اشترطت كتابة اتفاق التحكيم، نصت على الكتابة كشرط للإثبات *ad probationem* وليس شرطا لصحة اتفاق التحكيم *ad validatem*. كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٣)</sup>، وبلجيكا وإنجلترا<sup>(٤)</sup>. وكذلك الأمر في سويسرا حيث تنص المادة ١/١٧٨ من قانون التحكيم الجديد على أنه «يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل إذا أبرم كتابة أو بالتلغراف أو التللكس أو الفاكس أو أى وسيلة اتصال أخرى تسمح بالإثبات». فكما هو واضح من النص نجد قدر كبير من المرونة فيما يتعلق بطبيعة الكتابة المطلوبة. كما أن الكتابة منصوص عليها صراحة كشرط للإثبات<sup>(٥)</sup>.

(١) تسمى المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مريحا ومكتوبا. ولكن وفقا لنفس المادة فإن قبول المرافعة التحكيمية *Le débat arbitral* حول موضوع النزاع يصبح العيب في الشكل. ومن ناحية أخرى فإن شرط الشكل المكتوب لا يطبق على اتفاق التحكيم في المسائل التجارية والذي يمكن إبرامه شفاهة وأيضا ضمنا حيث أنه من المعتاد اللجوء إلى التحكيم في القطاع التجارى. ويستفاد من ذلك أن اتفاق التحكيم التجارى للدولة لا يخضع لاي قاعدة شكلية، راجع:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc 586-4, No. 28.

(٢) انظر:

Mantilla - Serrano (F.), la nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, Rev. Arb., 1992, P. 47.

(٣) انظر:

Huys (M.) et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 473, No. 674.

(٤) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. dr. int. Fasc 586-4, N. 28.

(٥) زد على ذلك أن الأطراف يكونوا ملزمين باتفاق التحكيم إذا لم يتسكروا أمام محكمة التحكيم في بداية التنازع *in limine litis*، بل تعام اختصاصها على تسر عدم =

وفي فرنسا، تنص المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات، بالنسبة للتحكيم الداخلي، على أنه «يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً في العقد الأصلي أو في مستند يحيل إليه هذا العقد، وإلا كان باطلاً». ولم يتضمن هذا القانون أى نص بخصوص اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي. ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها في المادة المذكورة تنطبق على اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي أم لا؟

لقد أجابت على هذا التساؤل المادة ١٤٩٥ من هذا القانون، إذ تنص هذه المادة على أنه «عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون الفرنسي، لا تنطبق نصوص الباب الأول والثاني والثالث من هذا الكتاب إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك وفيما عدا المادتين ١٤٩٣، ١٤٩٤». ويستفاد من هذا النص أنه بمقدور الأطراف إخضاع اتفاق التحكيم لنصوص هذا القانون المتعلقة بالتحكيم الداخلي، وبمقدورهم أيضاً استبعاد هذا النص أو ذاك من نصوص هذا القانون فيما عدا المادتين ١٤٩٣، ١٤٩٤ والمتعلقتين بتشكيل محكمة التحكيم، وإجراءات التحكيم. وبناء عليه يجوز للأطراف مخالفة القاعدة الواردة في المادة ١٤٤٣ وأن يختاروا أي شكل آخر لاتفاق التحكيم. وبعبارة أخرى، فإن شرط الكتابة المنصوص عليه في هذه المادة المذكورة لصحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الداخلي، لا يسرى على التحكيم الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ولكن، إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم ليست شرطاً لصحته، بيد أنها لازمة لإثباته، إذ أن المادة ١٤٩٩ من هذا القانون تتطلب لتنفيذ حكم

---

- وجود اتفاق التحكيم أو من باب أولى عدم وجود المستند المكتوب الشبّه لهذا الاتفاق. راجع في ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CI, dr. int., Fasc. 586-4, No. 28.

وللمزيد من التفصيل راجع:

Lalive (P.) et Gaillard (E.), Op. Cit., P. 931; Lalive (P.), Poudret (J.F.) et Reymond (C.), Op. Cit., PP. 315 et SS.



التحكيم والاعتراف به تقديم النسخة الأصلية من حكم التحكيم مصحوبة باتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

وتتطلب معظم قوانين البلدان العربية الكتابة كشرط للإثبات. من ذلك القانون الكويتي والبحريني واليميني والمراقي<sup>(٢)</sup>. وكذلك أيضا قانون الإمارات الجديد بشأن التحكيم رقم ١١ الصادر في ٨ مارس لسنة ١٩٩٢. إذ تنص المادة ٢/٢٠٢ من هذا القانون على أن «إثبات اتفاق التحكيم لا يتم إلا بالكتابة»<sup>(٣)</sup>.

وكان المشرع المصري يتطلب الكتابة كشرط للإثبات، حيث كانت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات تنص على أنه «لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة». ولكن المشرع في القانون الجديد للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يتطلب كتابة اتفاق التحكيم ورتب على تخلف الكتابة بطلان هذا الاتفاق. فقد نصت المادة (١٢) من هذا القانون على أنه «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا...». بيد أن هذا النص قد أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة، فلم يشترط صيغة معينة أو شكل معين في الكتابة. وذلك بنسبه «ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتبادلّه الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة»<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع في نفس المعنى:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc. 586-4, No. 13 etSS.; Béguin (J.), Op. Cit., PP. 128 etSS.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage international en France après ..., Op. Cit., P. 385, No. 19.; Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 477 etSS. No. 572,

ونظر أيضا د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٨١.

(٢) راجع، د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٠٠، بند ١١/٢٧.

(٣) راجع نصوس هذا القانون في: Rev. Arb., 1993, P. 343.

(٤) في نفس المعنى راجع لستافا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٧٨ وملبعضها. وراجع أيضا: د. مختار أحمد بريوي، المرجع السابق، ص ١١ وملبعضها، بند ٢٨ وملبعضه، د. تاريف عبد القادر، المرجع السابق، ص ٢٦٢ وملبعضها.

وقد سار في نفس الاتجاه القانون الجزائري الجديد للتحكيم الصادر في ٢٢ أبريل لسنة ١٩٩٢، حيث نصت المادة ٤٥٨ مكرر (١) على أن «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا».

#### ثانيا: الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨ على أنه «تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم ...». كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة المقصود بالاتفاق المكتوب وذلك بنصها على أن «يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات أو البرقيات المتبادلة بينهم».

يتضح من هذا النص أن اتفاقية نيويورك قد تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى تقره الدول الأعضاء وتعترف به، بمعنى أن الدول الأعضاء لا تكون ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم إذا لم يكن هذا الاتفاق مكتوبا. ومع ذلك، لقد أضفت الاتفاقية مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة، حيث أنها لم تشترط في الكتابة شكلا معينا.

وقد ذهب رأى في الفقه<sup>(١)</sup>، تعقيا على هذا النص، إلى القول بأن الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق تحكيم في مفهوم اتفاقية نيويورك. فالمادة (١/٢) من هذه الاتفاقية تقتضي الكتابة كشرط صحة يتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس عنصرا خارجيا متطلبا للإثبات فقط.

في حين ذهب رأى آخر<sup>(٢)</sup> - ويعق - إلى أن القول بأن الكتابة

(١) انظر: د. سمية رشيد، التحكيم في العلاقات ...، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخامس، المرجع السابق، ص ٨٢.

وفقا لاتفاقية نيويورك تعتبر شرط وجود وليس للإثبات محل شك كبير. فهو يتعارض مع أبسط قواعد التفسير ويحمل النص أكثر مما يحتمل. فالنص لم يربط الإعلان أو الانعقاد على عدم الكتابة كما فعلت التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه مثل التشريع المصري والتشريع الجزائري.

ويشور التساؤل عن موقف الدول التي صدقت على اتفاقية نيويورك وتكون قوانينها الوطنية المتعلقة بالتحكيم أكثر تحمرا أى تتضمن شروطا أقل مما تتطلبه هذه الاتفاقية بأن كانت تجيز مثالا الاتفاق الشفوي على الاتجاه إلى التحكيم.

ذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى القول بأن القاعدة الموضوعية التي قررتها المادة الثانية من اتفاقية نيويورك تعتبر قاعدة موحدة ولا يجب أن تختلف في تفسيرها وتطبيقاتها تبعاً للقوانين الوطنية للدول الأطراف في الاتفاقية. فهذه القاعدة تعتبر بمثابة الحد الأقصى. بمعنى إذا كان القانون الوطنى ينس على شروط أكثر شدة من تلك التي تتطلبها الاتفاقية فلا يجب تطبيقها. وتعتبر في ذات الوقت بمثابة الحد الأدنى بمعنى إذا كان القانون الوطنى أكثر تحمرا. بأن يجيز الاتفاق الشفوي على التحكيم مثالا. فلا يجب التمسك به.

فى حين يرى جانب من الفقه<sup>(٢)</sup>، وهو الراجع فى نظرى، أنه يمكن لهذه الدول الإبقاء على قوانينها الأكثر تحمرا فى نطاق علاقات القانون الداخلى لأن نطاق تطبيق الاتفاقية قاصر على أحكام التحكيم الأجنبية ومن ثم اتفاقات التحكيم التى تصدر بناءا عليها هذه الأحكام. بل ويمكن الإبقاء على هذه القوانين حتى فى إطار التحكيم ذات الطابع

(١) انظر: د. سمية رشيد. التحكيم فى العلاقات .... الرجوع السابق. ص ٢٠٧. بند

١٧٦

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 82, No. 41; Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 476, No. 572; Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-4, No. 38; Sanders (P.), Vingt années de la convention de New York de 1958, Op. Cit., P. 359.

الدولى. وذلك إستنادا إلى نص المادة السابعة من هذه الاتفاقية ذاتها والتي تنص على أنه «لا تحرم أحكام هذه الاتفاقية أى طرف من حقه فى التمسك بحكم التحكيم طالما أقر بذلك تشريع الدولة التمسك فيها بالحكم أو المعاهدات الموقعة عليها هذه الدولة». فطبقا لهذا النص يكون من حق الطرف ذى المصلحة التمسك بالتشريع أو المعاهدة الأكثر تحمرا عندما لا يستجيب اتفاق التحكيم للشروط الشكلية المنصوص عليها فى اتفاقية نيويورك.

فضلا عن ذلك إذا كانت المادة الثانية من الاتفاقية قد تطلبت الكتابة لإلزام الدول الأعضاء باتفاق التحكيم، بيد أنه لا يمكن تفسير ذلك بأن الاتفاقية تمنع الدول الأعضاء من الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب متى كان قانونها يقضى بذلك<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٦١، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه «يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو المتضمن فى رسائل متبادلة بينهم أو برقيات أو تلكسات. وفى العلاقات بين الدول التى لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب، كل اتفاق مبرم فى الأشكال التى تقرها هذه القوانين».

ويستفاد من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية قد تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بيد أنها لم تستلزم أن يتخذ اتفاق التحكيم شكلا معينا، حيث أجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم وارد فى العقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو وارد فى رسائل أو خطابات أو فاكسات متبادلة بينهم. وذلك على غرار ما فعلت اتفاقية نيويورك. هنا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فلن الاتفاقية الأوربية

- وأيضا: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص ٦٢.

(١) راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى المفسر، المرجع السابق، ص ٨٢.

قد أجازت اتفاق التحكيم المبرم في الاشكال التي تقرها القوانين الأكثر تحجراً. وذلك في العلاقات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمبرمة في واشنطن عام ١٩٦٥، فقد اكتفت بالنص في المادة (١/٢٥) على أن يكون اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوباً، دون أن تتضمن الاتفاقية أى بيان يتعلق بشكل الكتابة المطلوبة في اتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وقد سارت في نفس الاتجاه قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي لسنة ١٩٨٥ على أن «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في مستند موقع عليه من الأطراف أو في تبادل رسائل أو تلكات أو بريقات أو غيرها من وسائل الاتصال اللفي واللالفي التي تدل على وجوده أو في تبادل المطالبة والدفاع والتي يدعى فيها أحد الطرفين وجود هذا الاتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. كما أن الإحالة في عقد ما إلى مستند

---

(١) في نفس المعنى راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخامس، المرجع السابق، ص ٨٩، وراجع مع المزيد من التفصيل:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 82 - 84, No. 143 - 145; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 474, No. 677; Klein (F.E.), La convention européenne Sur ..., Op. Cit., P. 628, No. 5; Goldman (B.), Les conflits de lois ..., Op. Cit., P. 458, No. 60; Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 121, No. 103 - 106 et Arbitrage ... Op. Cit., J-CI, dr. int., Fasc 586-4, No. 51 et SS; Béguin (J.), Op. Cit., P. 128, No. 138.

(٢) في التلخيص على هذا الأمر راجع:

Delaume (G.R.), Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.D.I.), clunet, 1982, P. 779.

متضمن لشرط تحكيم تعتبر بمثابة اتفاق تحكيم. شريطة أن يكون المقدم المحيل مكتوباً وأن تكون الإحالة جزءاً من هذا المقدم. فكما هو واضح من النص فإن هذا القانون قد تطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إلا أنه قد توسع في شكل الكتابة المطلوبة. فقد أضفى هذا القانون الحد الأقصى من المرونة على الأشكال التي يمكن أن يتخذها اتفاق التحكيم في مجال المعاملات الدولية<sup>(١)</sup>.

وقد ذهب رأي في الفقه<sup>(٢)</sup>، تقييماً على هذا النص، إلى حد القول بأنه في الحدود التي يثبت فيها اتفاق التحكيم من تبادل المذكرات، فإن اتفاق التحكيم الشفوي من حيث الأصل يكون صحيحاً في شكله، وأن قبول المرافعة في الموضوع يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل حتى ولو لم يكن ثابتاً بالكتابة من حيث الأصل.

وقد تطلبت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، دون أن تشترط شكلاً معيناً في هذه الكتابة. فطبقاً للمادة (١/١٨) من هذه اللائحة فإن عريضة التحكيم، التي يجب أن توجه من المدعى إلى المدعى عليه وإلى المحكمين، يجب أن تكون مصحوبة بصورة من العقد ومن اتفاق التحكيم إذا لم يكن وارداً في المقدم. ويستفاد من ذلك أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً ولكن يكفي توافر هذا الشرط بتقديم أي مستند يرد فيه هذا الاتفاق، فقد يرد في رسائل أو برقيات أو توكيلات متبادلة بين الأطراف<sup>(٣)</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة للائحة محكمة لندن للتحكيم. فطبقاً للمادة

---

(١) راجع في التطبيق على هذا النص:

Fouchard (Ph.), La loi - type Op. Cit., P. 884, No.

50.; Béguin (J.), Op. Cit., PP. 127 - 128, No. 137.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

Goldman (B.), Arbitrage - Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc.

586-4, No. 58 etSS.

Ibid, No. 61 etSS.

(٣) راجع مع المزيد من التفاصيل:

الأولى من هذه اللائحة فإن على الطرف الذي يرغب في بدء إجراءات التحكيم أن يقدم طلب تحكيم مكتوباً على أن يكون مصحوباً بصورة من المستندات التعاقدية الوارد فيها شرط التحكيم. ويستفاد من هذا النص ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ولكن ليس من اللازم أن يرد اتفاق التحكيم في العقد الأصلي. بل من الممكن أن يرد في رسائل أو برقيات أو توكيلات متبادلة بين الأطراف أو في أية وسيلة أخرى مكتوبة<sup>(١)</sup>.

نفس الشيء بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. فطبقاً للفقرة الثانية من المادة الثالثة من هذه اللائحة يجب أن يتضمن طلب التحكيم الاتفاقات المبرمة وخاصة اتفاق التحكيم. وبناء عليه يمكن القول بأن اللائحة تستلزم أن يكون اتفاق التحكيم وارداً في مستند أو عدة مستندات مكتوبة<sup>(٢)</sup>.

خلاصة القول أن الاتفاقيات الدولية. وكذلك قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. بيد أنها لم تشترط أن تتم كتابة اتفاق التحكيم في شكل معين. إذ أنها أجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم وورد في العقد. أو أن يتخذ صورة اتفاق موقع عليه من الأطراف أو أن يرد اتفاق التحكيم في رسائل أو برقيات أو فاكسات أو توكيلات متبادلة بينهم.

### ثالثاً: القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم:

تبين لنا أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم إزاء اختلاف القوانين الوطنية - على نحو ما رأينا - حول الشكل الذي يجب أن يفرغ فيه اتفاق التحكيم، واهتمام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بوضع قواعد موضوعية وتجاهلها وضع قاعدة إسناد يتم بمقتضاها تحديد القانون الذي يحكم شكل اتفاق التحكيم.

Ibid, N° 65 elISS.

Ibid, N° 63 el 64.

(١) انظر مع المزيد من التفصيل:

(٢) انظر مع المزيد من التفصيل:

وتثور مسألة القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم ذي طابع دولي. كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم المتعلق بمقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الهيئات العامة التابعة لها والشركات الأجنبية. وينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل.

قد يقال أن وضع الاتفاقيات الدولية قواعد موضوعية موحدة تطبيق في جميع الدول الأعضاء من شأنه اختفاء مشكلة تنازع القوانين. وبالتالي يصبح من غير المفيد البحث عن القانون واجب التطبيق. ولكن هذا القول لا يمكن التسليم به على إطلاقه. لأنه إذا كان من شأن القواعد الموضوعية التي تقرها الاتفاقيات الدولية الحد من حالات حدوث التنازع بين القوانين. فليس من شأنها القضاء على المشكلة نهائياً. فذلك لا يحدث إلا إذا تماثلت أو تطابقت مختلف القوانين الوطنية في أحكامها وهذا أمر إن لم يكن من المستحيل فمن الصعب تحقيقه.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الاتفاقيات الدولية ذاتها قد تركت الباب مفتوحاً لحدوث التنازع بين القوانين. حيث إن المادة السابعة من اتفاقية نيويورك - على نحو ما رأينا - قد أجازت التمسك بالقوانين الوطنية الأقل تشدداً من حيث الشروط الشكلية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم. وذلك عندما أجازت للطرف ذي المصلحة التمسك بحكم التحكيم. وبالتالي اتفاق التحكيم الذي صدر الحكم بناء عليه، طالما أقر ذلك تشريع الدولة التمسك فيها بالحكم أو بالمعاملات الموقعة عليها هذه الدولة. كما أجازت الاتفاقية الأوروبية اتفاق التحكيم المبرم في الأشكال التي تقرها القوانين الوطنية الأكثر تحملاً وذلك في العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب.

وبعد أن أوضحنا إمكانية حدوث تنازع القوانين فيما يتعلق بشكل اتفاق التحكيم، فإن التساؤل الذي يثور هو: ماهو القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الشكل؟



من المعروف أنه قد جرى العمل في إطار القانون الدولي الخاص - في بادئ الأمر - على إخضاع المقد لقانون محل إبرامه سواء من حيث الشكل أو الموضوع وذلك تطبيقاً لقاعدة «المحل يحكم التصرف» *locus regit actum*. وقد استمر الحال على ذلك إلى أن جاء الفقيه الفرنسي ديمولان «Dumoulin» بنظريته بشأن إخضاع موضوع التصرف لقانون إرادة المتعاقدين. وبذلك أصبحت قاعدة خضوع التصرف لقانون محل إبرامه قاصرة على شكل التصرف فقط.

وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القاعدة وما إذا كانت اختيارية أم الزامية. وملياً للاتجاه الغالب فإن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه من طبيعة اختيارية وليست إلزامية، فهذه القاعدة تقررت أساساً بهدف التعبير على المتعاقدين، إذ قد لا يكون في مقدورهم إبرام التصرف في غير الشكل المقرر في قانون محل الإبرام، وبإخضار إلى ذلك الأساس فليس هناك ما يبرر جعل هذه القاعدة الزامية، وإجبار الأطراف على الخضوع لقانون محل الإبرام إذا كان من السهل عليهم إخضاع التصرف للأشكال المقررة في قانون آخر.

وقد أخذت غالبية التشريعات الوطنية بقاعدة خضوع شكل المقد لقانون محل الإبرام، وباعتبارها قاعدة اختيارية وليست ملزمة<sup>(١)</sup>. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (٢٠) من هذا القانون على أن «المقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثامنة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٤٨٤ ومبهدا، بند ١٢٦؛ د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٧٣ ومبهدا، بند ٩٩ ومبهدا؛ د. فؤاد ريلش، د. سلمية راشد، التوزيع في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، طر للنهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢١٥ ومبهدا؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مركز الأبحاث وتنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٥٦٤.

ولكن التساؤل الذي يثور هو هل قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام والمقررة عاليا في القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة يمكن الأخذ بها لتطبق على شكل اتفاق التحكيم؟

ذهب رأى في الفقه<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه يجوز للأطراف إبرام اتفاق التحكيم وفقا للأشكال المقررة في قانون الدولة محل الإبرام أو قانون الدولة مقر التحكيم، فمراعاة الأشكال المقررة في أى من هذين القانونين يعد كافيا لجعل اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل.

ولقد تأثر بهذا الرأي مجيع القانون الدولي. فقد نصت المادة السابعة من التوسية التي أصدرها المجمع في دور انعقاده بامستردام عام ١٩٥٧ على أن «يرى على شكل اتفاق التحكيم القانون النافذ في البلد الذي أبرم فيه هذا الاتفاق. ومع ذلك فإن مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم الذي لا يكون متوفيا للمتطلبات الشكلية المقررة في قانون البلد محل الإبرام، يكون صحيحا متى كانت قد روعيت فيه الأشكال المقررة في قانون المكان الذي يوجد به مقر محكمة التحكيم»<sup>(٢)</sup>.

في المقابل، يذهب جانب من الفقه<sup>(٣)</sup> إلى القول بإخضاع شكل اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل الإبرام أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق، مع إعطاء الأولوية لهذا القانون الأخير، أى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم من حيث الموضوع. وقد برر جانب منهم<sup>(٤)</sup> ذلك

(١) انظر:

Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, PP. 563 - 564.  
A.I.D.I., 1957, P. 497 etSS.

(٢) راجع:

(٣) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 84  
- 86, No. 147 - 149; Laïve (P.), problèmes relatifs à  
l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 604 - 606.

(٤) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 84,  
No. 146.

بالقول بأن كلا من اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوروبية م توضع قاعدة تنازع قوانين خاصة بشكل اتفاق التحكيم. وبالتالي يمكن أن نستخلص من ذلك أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الموضوع هو الواجب التطبيق أيضا على اتفاق التحكيم من حيث الشكل.

ويرى هؤلاء أن إعطاء الأولوية للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أي قانون الإرادة، ليس معناه استبعاد أو تجاهل قانون الدولة محل الإبرام كلية. فقد يكون من شأن تطبيق قانون الإرادة اعتبار اتفاق التحكيم باطلا من حيث الشكل، وذلك لعدم توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها هذا القانون. وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى قانون الدولة محل الإبرام والذي قد يؤدي تطبيقه إلى اعتبار اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل<sup>(١)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن القانون الدولي الخاص النافذ في الدولة مقر التحكيم أو في دولة القاضى المعروض عليه المنازعة في شكل اتفاق التحكيم قد يأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام<sup>(٢)</sup>.

ومن جانبنا لا نرى مانعا من الأخذ بهذا الرأي الأخير، بيد أننا نفضل الأخذ في الاعتبار الشروط الشكلية التي يتطلبها قانون الدولة محل الإبرام، وذلك لاعتبارات تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، إذ أن القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم أو في دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ غالبا ما ينس على خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام.

## المطلب الثاني

### مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم

#### L'arbitrabilité du litige

يشترط لمحة اتفاق التحكيم أن يكون محله مشروعا، وأهم ما يلزم لتوافر مشروعيته هو أن يكون النزاع الذى اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأنه، من المنازعات التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم.

Ibid, PP. 85 - 86, No. 149.

(١) انظر:

(٢) انظر:

Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 606.

ومن المسلم به أن كل دولة تتولى وبحرية تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز الاتفاق على تسويتها بطريق التحكيم. ولا أدل على هذه الحرية المعترف بها للدول في هذا الخصوص، من أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع - محل اتفاق التحكيم - متعلقاً بمسألة تقبل التسوية بطريق التحكيم وذلك دون أدنى تحديد، ودون أن تحاول وضع قاعدة موضوعية تلتزم بها كل الدول الأعضاء<sup>(١)</sup>.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢ على أن «تتعرف الدول المتعاقدة بمسحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم .... في المسائل التجارية أو المسائل الأخرى التي تقبل التسوية بطريق التحكيم ....».

وقد جاءت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، معبرة عن هذا المعنى بمبارات أكثر وضوحاً. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية منها على أن «تتعرف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء أكانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم».

ويمكن أن نستخلص نفس المعنى من الفقرة الرابعة من المادة (٢٥) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥، حيث نصت على أن «يجوز لكل دولة

---

(١) في نفس المعنى تقريباً راجع:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial, Op. Cit., P. 106, No. 182 - 183.

وفي تأكيد حرية الدول في هذا الخصوص، راجع:

Chamy (E.), L'arbitrage commercial international dans les pays arabs, thèse, Paris, 1985, PP. 55 - 56, No. 59.

متعاقدة، عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو فى أى تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاع أو المنازعات التى ترى إمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز».

وهكذا يتضح من هذا النص أن الاتفاقية قد تركت لكل دولة تحديد المسائل التى يجوز أو لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم لدى المركز الدولى لتسوية المنازعات الذى أنشأته، وأن كل ما اشترطته هو إخطار المركز بالنزاع أو المنازعات التى يجوز أو لا يجوز إخضاعها للتحكيم<sup>(١)</sup>.

ولما كانت كل دولة هى التى تتولى بنفسها تحديد المسائل التى يجوز أو لا يجوز الاتفاق بشأنها على التحكيم، فكان ولا بد أن تختلف الدول فيما بينها فى هذا الشأن. صحيح أن معظم الأنظمة القانونية فى الدول المختلفة تنص على أن المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم هى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، وأن هذه الأنظمة تكاد تجمع على أن المسائل التى لا يجوز فيها الصلح هى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، مثل النسب والزواج والطلاق والأهلية، والمسائل المتعلقة بالنظام العام<sup>(٢)</sup>، مثل المسائل المتعلقة بالجنسية، والمسائل الجنائية وتلك التى يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة ... الخ، بيد أن هناك مسائل أخرى تختلف الأنظمة القانونية بشأنها.

فبخصوص عقود البترول، تنص بعض التشريعات الوطنية على

---

(١) وقد استخدمت بعض الدول هذه الرخصة التى نصت عليها الاتفاقية، فقد استبعدت المملكة العربية السعودية المنازعات المتعلقة بالثروة البترولية وأعمال السيادة الوطنية، كما استبعدت Jamaïque المنازعات المتعلقة بالموارد المعدنية والثروات الطبيعية الأخرى، انظر:

Delaume (G.R.), Le centre international pour ..., Op. Cit., P. 806.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل د. محمود هشام، المرجع السابق، ص ١٤٥ ومابعدها، بند ٥١ ومابعده، وأيضاً:

Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 501 etS., N° 586 etSS.

جواز الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التي تنشأ عن عقود البترول، من ذلك يمكن أن نذكر قانون البترول الليبي رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥، والقانون المغربي الصادر في ٢١ يولييه عام ١٩٥٨<sup>(١)</sup>، وقانون البترول الإيراني لعام ١٩٥٧<sup>(٢)</sup>. هنا في حين تنص بعض القوانين الأخرى على خضوع المنازعات التي تنشأ عن عقود البترول لأختصاص المحاكم القضائية في الدول المنتجة، وتحظر الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها. ويمكن أن نذكر من ذلك قانون البترول الأسباني الصادر في ٢٦ نوفمبر عام ١٩٥٨. حيث نصت المادة (٥٧) من هذا القانون على خضوع الشركات صاحبة الامتياز للقوانين الأسبانية ولاختصاص المحاكم الأسبانية. وكذلك الحال بالنسبة لقانون البترول الكولومبي الصادر في ٢٦ أكتوبر عام ١٩٥٥، والقانون الأثيوبي لعام ١٩٦٧<sup>(٣)</sup>.

وفي مصر، ذهب رأي في الفقه<sup>(٤)</sup>، قبل صدور قانون التحكيم الحالي، إلى القول بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في الخارج بخصوص المنازعات الناشئة عن عقود البترول. واستند في ذلك إلى أن هذه المنازعات تتصل بمقار كانن في إقليم الدولة، والمحاكم المصرية هي وحدها صاحبة الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بمقار كانن في مصر، وإن هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز لأطراف هذه العقود الاتفاق على طرح المنازعات الناشئة عنها على تحكيم يجري في الخارج. فالاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يعتبر مخالفا للنظام العام.

---

(١) راجع في هذين القانونين: د. راشد البرلوي، المرجع السابق، ص ١٢٧ ومابعدها خصوصا ص ١٢٢، ص ١٩٠ ومابعدها خصوصا ص ١٩٤.

(٢) انظر:

El - Gohary (M.F.), L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme, Thèse, Rennes, 1982, P. 130 N° 139.

(٣) انظر:

Vergopoulos - Michail (A.), Op. Cit., P. 51.

(٤) انظر: د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٢ - ٩٥.

غير أن هذا الرأي كان موضع انتقاد شديد. وقد قيل بحق أن هذا الرأي يتحتم على مسألة القابلية للتحكيم من عدمها أمراً لا علاقة له بالثبوت بهذه المسألة. والمنطقي أن يكون تحديد ما إذا كانت مسألة معينة مما يجوز التحكيم بشأنها أو لا يجوز أساسه النظر إلى طبيعتها بحكم صفاتها الذاتية. فلا يتصور عقلاً أن تختلف هذه الطبيعة نتيجة كونها قد سارت محلاً للتحكيم يتم في خارج البلاد وليس داخل إقليمها. وبعبارة أخرى فإن مكان التحكيم يعد أمراً خارجياً لا يؤثر في طبيعة المسألة المطروحة ولا يؤخذ به في الاعتبار عند تقرير مدى قابليتها للتحكيم حيث لا يمكن أن تكون ذات المسألة من الجائز التحكيم بشأنها داخلياً، وغير قابلة للتحكيم إذا كان محل التحكيم في الخارج.

هذا ولقد حسم قانون التحكيم الجديد هذه المسألة ونس في المادة (٢٨) منه على أنه يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو في خارجها. هذا فضلاً عن أن نص المادة الأولى من هذا القانون قد أكد على سريان أحكامه على كل تحكيم يجري في مصر أو في الخارج ويتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون دون أدنى تفرقة بين ما إذا كان النزاع يتعلق بمقدار كانن في مصر من عدمه<sup>(١)</sup>.

ولما كان كل قانون وطني هو الذي يتولى تحديد المسائل التي تقبل أو لا تقبل التسوية بطريق التحكيم، ولأن اختلاف القوانين الوطنية أمر لا مفر منه، فإن مسألة مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تشير حتماً تنازع القوانين وذلك عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم ذي طابع دولي كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم في مجال عقود البترول. وبالتالي يثور التساؤل عن القانون الذي يلجأ إليه المحكم أو القاضي للفصل فيما إذا كان النزاع المطروح أمامه يقبل التسوية بطريق التحكيم أم لا؟

(١) راجع: د سمية راشد، التحكيم في العلاقات ..... المرجع السابق، ص ١٩٤؛ د.

أحمد قسّم الجبلوى، تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم، بحث قدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري وتجارب الدول المختلفة التي اعتمدت القانون النموذجي، والذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال) بشيراتون القاهرة في الفترة من ١٢ - ١٢ سبتمبر عام ١٩٩٤. وكذلك مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ٥ - ٦.

لقد اختلفت آراء الفقهاء فى الإجابة على هذا التساؤل، فذهب رأى(١) إلى القول بأن القانون الذى يحكم مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم هو قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم، وذلك بلمعتبره القانون المختار ضمناً من قبل الأطراف فى حالة غياب قانون الإرادة.

ولقد تعرض هذا الرأى للنقد على أساس أن المكان الذى يبرم فيه اتفاق التحكيم غالباً ما يكون عارضاً Fortuit، ولا توجد بينه وبين موضوع النزاع أو المسائل المتصلة بالتحكيم أى صلات حقيقية.

وذهب رأى ثان(٢) إلى إخضاع قابلية النزاع للتحكيم لقانون البلد الذى تختص محاكمه بنظر النزاع لو لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم. ولكن هذا الحل ليس كافياً لأن النزاع غالباً ما يدخل فى اختصاص محاكم أكثر من دولة، وهذا أمر طبيعى فى العلاقات ذات الطابع الدولى، ومن ثم يثور التساؤل وفقاً لقانون أى دولة يجب أن تخضع هذه المسألة؟! وذهب رأى ثالث(٣) إلى إخضاع قابلية النزاع للتسوية بمطريق

---

(١) راجع فى هذا الرأى وانتقاده،

Klein (F-E), *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955, P. 253, No. 138.; Sauser - Hall (G.), *Op. Cit.*, 1952, P. 550.

(٢) راجع فى هذا الرأى وانتقاده،

Pallieri (B.), *L'arbitrage ... Op. Cit.*, P. 322 etS.; Klein (FE.), *Considerations ... Op. Cit.* P. 253 etS. No. 138 - 139.; Sauser - Hall (G.), *Op. Cit.*, 1952, P. 551.; Fouchard (Ph.), *L'arbitrage commercial ... Op. Cit.*, PP. 111 - 112, No. 193.

(٣) انظر:

Pallieri (B.), *Op. Cit.*, P. 331.; Sauser - Hall (G.), *Op. Cit.*, 1952, P. 555 etS.; Klein (F-E.), *Considérations ... Op. Cit.*, PP. 258 etS., No. 140 - 142.; Boisseson (M.), *Le droit Français ... Op. Cit.*, P. 503, No. 587.



التحكيم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. بيد أن هذا الرأي تعرض بدوره للنقد على أساس أن هذا القانون لا سند له لكي يحكم مسألة تعد شرطا لصحة اتفاق التحكيم. ولا تخضع بأي حال للقانون الذي يحكم موضوع النزاع. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا القانون قد لا يكون موجودا فقد يلجأ المحكمون إلى الاشتراطات التعاقدية وعادات التجارة الدولية وبصفة خاصة عندما يكونوا مفوضين كمحكمين بالصلح *Amiables Compositeurs*. وأخيرا فإن المشكلة تظل قائمة بدون حل في الحالة التي لا يكون فيها القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع محددًا ويتمين تحديده<sup>(١)</sup>.

وفي الواقع، ينبغي لتحديد القانون واجب التطبيق على مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى عندما تثور مسألة قابلية النزاع للتحكيم أمام المحكم أو القاضى الوطنى فى المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم وذلك عندما يدعى أحد الأطراف عدم صحة اتفاق التحكيم استنادا إلى عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. والحالة الثانية عندما تثور هذه المسألة أمام القاضى الوطنى فى مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

ففى الحالة الأولى تعتبر قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم شرطا لصحة اتفاق التحكيم، وبالتالي تخضع للقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم ذاته، أى قانون الإرادة (أو القانون الاحتياطى له). وبناء عليه، عندما تثور مسألة قابلية النزاع للتحكيم أمام المحكم، والذى يجب عليه التأكد من إختصاصه وبالتالي من صحة اتفاق التحكيم، أو أمام القاضى الوطنى عندما يطلب منه الفصل فى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، فى غير مجال الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به، يجب عليه أولا أن يحدد القانون

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), *L'arbitrage commercial ... Op. Cit.*, PP.

110 - 111, No. 92.

واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ثم ينظر فيما إذا كان النزاع المعروض عليه يقبل التسوية بطريق التحكيم أم لا وفقا لهذا القانون<sup>(١)</sup>.

ويمكن استخلاص هذا الحل من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. فقد أوجبت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في الفقرة الأولى من المادة الخامسة أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف. ولما كانت قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تعتبر شرطا لصحة اتفاق التحكيم، فإنها تخضع بصفتها هذه للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وكذلك أيضا الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١. فقد نصت في الفقرة الثانية من المادة السادسة على أن «تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفي المسائل الأخرى: «أ - وفقا للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم .....» وهكذا فإنه طبقا لهذه الاتفاقية فإن قابلية النزاع للتحكيم تقدر وفقا للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

وفي الحالة الثانية تعتبر قابلية النزاع للتحكيم شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه. وبالتالي فإن القاضى الوطنى المطلوب منه الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه سوف يفحص ما إذا كان النزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم أم لا وفقا لقانونه الوطنى. وهذا هو الحل الذى أخذت به

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 108, No. 186.; Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 122, No. 125 et Arbitrage ..., Op. Cit., J-Ci, dr. int., Fasc. 586-3, No. 34.; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 482, No. 688.; Chamy (E.), Op. Cit., P. 57.

وفى افقه المصرى راجع: د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى ..... المرجع السابق، ص ١٤٧. د. عصام الدين القصبي، التنفيذ الدولى لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ٤٠. د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ على أنه «يجب للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أن يكون موضوع النزاع الذى فصل فيه الحكم يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون الدولة التى يتمسك فيها بالحكم».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا ثبت للسلطة المختصة فى الدولة المطلوب الاعتراف بالحكم وتنفيذه فيها أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ على أنه «يجوز للقاضى المطلوب منه الفصل فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم أن يرفض الاعتراف باتفاق التحكيم إذا كان النزاع غير قابل للتسوية بطريق التحكيم وفقا لقانونه».

ويستفاد من هذه النصوص أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد أخضعت مسألة قابلية النزاع للتحكيم لقانون دولة القاضى المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به.

ولقد أخذ بهذا الحل القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥. فقد نصت المادة (٢٤) من هذا القانون على أنه «لا يجوز لمحكمة الدولة المختصة إبطال حكم التحكيم إلا إذا ثبت للمحكمة أن: ١ - موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة «...». كما نصت المادة (١/٢٦) من هذا القانون على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدرت المحكمة أن: ١ - موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة «...». وكما هو واضح من كلا النصين، لقد أخضع القانون النموذجى مسألة قابلية النزاع للتحكيم لقانون دولة القاضى المرفوعة أمامه دعوى بطلان حكم التحكيم أو المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به.

بيد أن هذا الحل الذي جاءت به الاتفاقيات الدولية. وخصوصا خضوع قابلية النزاع للتحكيم لقانون الدولة المطلوب فيها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه. قد تعرض للكثير من النقد.

فقد ذهب رأى فى الفقه<sup>(١)</sup> إلى القول بأن قانون دولة التنفيذ قد يقتصر اتصاله بالتحكيم على وجود موطن أو أموال للشخص الذى صدر حكم التحكيم ضده فى هذه الدولة. فهذه الدولة لا يهمها موضوع قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم بقدر ما يهم الدولة التى تم فيها التحكيم أو التى جرى التحكيم وفقا لقانونها. فلو أن إحدى الدول المنتجة للبترول استبعدت المنازعات البترولية من دائرة المسائل القابلة للتحكيم. فإن هدفها هو حظر التحكيم بالنسبة لبترولها وليس بالنسبة لبترول الآخرين. وبالتالي فإن القابلية للتحكيم تنهما هى ولا تنهما الدولة التى يوجد بها موطن أو أموال من صدر ضده حكم التحكيم.

وذهب رأى آخر<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن هذا الحل يزيد من حالات تدخل قاضى وقانون دولة التنفيذ كما أنه لا يحقق للأطراف الأمان القانونى فى الحالات التى لا يمكن فيها التعرف مقدما على هذه الدولة.

. وأهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا الحل من نقد هو إخضاعه قابلية النزاع للتحكيم لقانونين مما مما يؤدي إلى تضارب فى الحلول. فالقاضى الوطنى يلتزم بتطبيق قانونه الوطنى. والمحكم لا يمكنه بداية منوى تطبيق القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم وذلك لعدم معرفة البلد التى سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم. ومن ثم فقد يتعارض الحل الذى يصل إليه المحكم مع ذلك الذى يتوصل إليه القاضى نظرا لاختلاف مضمون القوانين الوطنية واجبة التطبيق<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: د. عام الدين القصبي. النفاذ الدولى ..... المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P.

112, No. 194.

Ibid, P. 113, No. 197.

(٣) انظر:

وتفاديا لهذه الميوب، ذهب رأى<sup>(١)</sup> إلى أن الحل الحاسم هو محاولة إعداد قائمة في المستقبل تدرج في بروتوكول ملحق باتفاقية نيويورك تتضمن المسائل التي يجوز أو لا يجوز فيها التسوية بطريق التحكيم. وذهب رأى آخر<sup>(٢)</sup> إلى أن الحل هو أن يتقرر بموجب اتفاقية دولية أن كل منازعات التجارة الدولية تقبل التسوية بطريق التحكيم من حيث المبدأ مع مراعاة النظام العام الدولي لكل دولة. وإذا تعذر تحقيق ذلك فإنه يكفي أن نطبق على قابلية النزاع للتحكيم القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أو القانون الذي يقدر المحكم أنه واجب التطبيق، وذلك مع مراعاة النظام العام الدولي للدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم.

الخلاصة أن مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تخضع لقانونين مما: القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم باعتبارها شرطا لصحة اتفاق التحكيم، أى قانون الإرادة أو قانون الدولة التي صدر بها حكم التحكيم في حالة تخلف قانون الإرادة. وقانون دولة القاضى المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به باعتبارها شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه<sup>(٣)</sup>. وينسحب ذلك بالطبع على التحكيم فى عقود البترول.

---

(١) راجع: د. عصام الدين القصبى، النفاذ المولى ١٠٠٠، المرجع السابق، ص ١٢.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial Op. Cit., P. 115, No. 201.

(٣) راجع فى نفس النتيجة:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial Op. Cit., P. 113, No. 197.

وليس:

Huys (M.) et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 483, No. 689.

وليس: د. عز الدين عبالله، تنازع التوفيق فى مسائل التحكيم ١٠٠٠، المرجع

السابق، ص ٤٨.

### المطلب الثالث

#### أهلية الاتفاق على التحكيم Capacité du compromettre

يتمين لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر لدى الأطراف الأهلية اللازمة لإبرام هذا الاتفاق. وتتطلب مختلف النظم القانونية<sup>(١)</sup> أن تتوافر في الأطراف أهلية التصرف في الحقوق التي اتفق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ عنها.

ويمكن أن نذكر من ذلك، على سبيل المثال، المادة (١١) من القانون المصري الجديد للتحكيم، والتي نصت على أنه «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه

...»

وتشور مسألة القانون الذي يحكم أهلية الاتفاق على التحكيم عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم ذي عنصر أجنبي - كما هو الحال بالنسبة للاتفاق على التحكيم في عقود البترول البترمة بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية - وينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم على أساس عدم تمتعه بالأهلية اللازمة لإبرام مثل هذا الاتفاق. ففي هذا الفرض يثور التساؤل عما إذا كانت أهلية الاتفاق على التحكيم تخضع للقانون الذي يحكم هذا الاتفاق ذاته أم أن هناك قانون آخر يتمين الرجوع إليه.

ونظرا لكون أحد أطراف اتفاق التحكيم في عقود البترول شخصا من أشخاص القانون العام (الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعين لها) فإن مسألة أهلية الاتفاق على التحكيم تثير مشكلة غاية في الأهمية، وهي مدى أهلية الأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم.

وفي ضوء ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول ونتناول فيه القانون واجب التطبيق على أهلية الأشخاص الخاصة في الاتفاق على التحكيم، والثاني نتناول فيه أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم.

(١) انظر: د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٩٢، بند ٤٦؛ د. نوريان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

## الفرع الأول

### القانون واجب التطبيق على أهلية الأشخاص الخاصة

إن أهلية المتعاقد وإن كانت شرطا لصحة العقد إلا أنها في الحقيقة صفة لصيقة بالشخص تتحدد على أساس حالته، وتمتد جزءا من نظام الأهلية عموما، وليست من مسائل التصرف الإرادي ذاته. ومن هذا المنطلق اختصت الأهلية في مختلف الدول بقاعدة إسناد موداها خضوع الأهلية للقانون الشخصي Loi Personnelle<sup>(١)</sup>.

بيد أن الخلاف قد ثار بين الفقهاء حول تحديد المقصود بالقانون الشخصي، فقد ذهب رأى إلى وجوب الأخذ بقانون الجنسية، في حين ذهب رأى آخر إلى وجوب الأخذ بقانون الموطن<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من استعراض تشريعات مختلف الدول أن فريقا من الدول يأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي، كما هو الحال في الدول الأنجلوأمريكية وغالبية الدول الإسكندنافية، وفريقا آخر يأخذ بقانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة للكثير من دول القارة الأوروبية وبعض دول أمريكا اللاتينية واليابان<sup>(٣)</sup> وكذلك أيضا معظم تشريعات الدول العربية<sup>(٤)</sup>.

والسؤال الذي يثور الآن هو هل تطبق هذه القاعدة على أهلية

---

(١) انظر: د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص ..... المرجع السابق، ص ١٩٦ - ١٩٧، تتنازع التوانين في مسائل التحكم الدولي .... المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل بشأن المفصلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن، د. فؤاد رياض، د. سمية راشد، الوجيز في تنازع التوانين ..... المرجع السابق، ص ١٨٠ ومليهما، بند ١٦٤ ومليهما، وأيضا أستاذنا الدكتور هشام صادق، تنازع التوانين، المرجع السابق، ص ٢٩٦ ومليهما، بند ١٠٩.

(٣) انظر: د. فؤاد رياض، د. سمية راشد، الوجيز في تنازع التوانين ..... المرجع السابق، ص ١٨٢، بند ١٦٧.

(٤) انظر: د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

الاتفاق على التحكيم؟ وبعبارة أخرى هل تخضع أهلية الاتفاق على التحكيم للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة؟

إذا رجعنا إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم نجد أنها قد أخذت بقاعدة خضوع أهلية التحكيم للقانون الشخصي. وذلك بعد أن استبعدت مسألة الأهلية من اختصاص القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم (أي قانون الإرادة أو القانون الإحتياطي له). فقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ قاعدة إسناد مفادها رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المتمسك ضده بالحكم «أن الأطراف في اتفاق التحكيم كان يعيهم نقص في الأهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم». وقد أخذت الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ بهذه القاعدة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من هذه الاتفاقية على أن تفصل محاكم الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بأهلية الأطراف «وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم». كما أجازت هذه الاتفاقية رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، في الفقرة الأولى من المادة التاسعة، إذا كان «الأطراف في اتفاق التحكيم قد عابهم نقص في الأهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم».

ولكن يؤخذ على الاتفاقيات الدولية أنها لم تضع قاعدة إسناد موحدة على الصعيد الدولي، فإذا كانت قد أخذت بالقانون الشخصي إلا أنها لم تبين المقصود بالقانون الشخصي وما إذا كان هو قانون الجنسية أم قانون الموطن. ومن ثم يكون للقاضي الذي يطرح عليه الأمر في النهاية - قاضي القوة التنفيذية - بيان القانون الشخصي الذي يحكم أهلية أطراف اتفاق التحكيم وفقا لقاعدة الإسناد في قانونه الوطني. فإذا طرح الأمر على قاض فرنسي أو مصري مثلا، طبق على أهلية التحكيم قانون الجنسية. أما إذا عرض الأمر على قاض أمريكي أو بريطاني، طبق على أهلية التحكيم قانون موطن الشخص الطرف في اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في نفس المعنى:

Fouchard, (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 87,  
No. 152 - 153; Goldman (B0), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, Dr.  
int, Fasc, 586-2, No. 94 etSS; Arbitrage ... Op. Cit., -



كما يعيب هذا الحل أنه لم يعالج الفرض الذي تكون فيه مسألة الأهلية مطروحة على محكمة التحكيم، وذلك لأن محكمة التحكيم لا تملك قواعد إسناد خاصة بها تبين ما إذا كان القانون الشخصي هو قانون الجنسية أم قانون المولن<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء ذلك، وجدت محاولات من قبل الفقه لوضع قاعدة إسناد موحدة تطبق في جميع الحالات وتفرض على محكمة التحكيم والقاضي الوطني على حد سواء، فقد ذهب رأي<sup>(٢)</sup> إلى القول بخضوع الأهلية للقانون الذي تحدده قاعدة الإسناد في الدولة مقر محكمة التحكيم.

وهو الحل الذي تبناه مجمع القانون الدولي في التوصيات التي أصدرها في دور انعقاده بأستردام لسنة ١٩٥٧<sup>(٣)</sup>، حيث نصت البادة الرابعة على أن «يسرى على أهلية التحكيم القانون الذي تعينه قواعد الإسناد النافذة في الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم».

ولكن هذا الحل تعرض للنقد من نواح عدة، فمن ناحية أولى إذا كان هذا الحل يتميز بأنه يفرض قاعدة إسناد موحدة في كل الأحوال، وهي أن القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم هو المختص وحده لتحديد القانون واجب التطبيق على أهلية التحكيم، إلا أن هذا الحل يعميه الجمود، وإذا كان بعض المحكمين يأخذون به فإن البعض الآخر يتردد في

---

- Dalloz, Dr. int., P. 119, No. 88 - 90.; Foustoucos (A.C.), L'arbitrage interne et ... Op. Cit., P. 227, No. 340.

وفي الفقه المصري راجع: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٥، بند ١٩٥؛ د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات .....، المرجع السابق، ص ٢٢٢ -

(١) انظر: د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات .....، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, P. 547.

A.I.D.I., 1957, P. 479 et SS.

بند ١٨٢.

(٢) انظر:

(٣) انظر:

الأخذ به وذلك عندما يكون مقر التحكيم عارضا، ويفضلون إما الأخذ بقاعدة الإسناد التي يرون أنها الأفضل من غيرها أو المعترف بها على نطاق واسع، أو الأخذ في الاعتبار قواعد الإسناد في الدولة التي سيطلب فيها - على الأرجح - القوة التنفيذية لحكم التحكيم<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية ثانية فليس هناك ما يبرر تفضيل قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم على قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي، الذي يطلب منه تنفيذ الحكم<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثالثة فإن إجراءات التحكيم يمكن أن تباشر في أكثر من دولة، وبالتالي يثور التساؤل عن كيفية المفاضلة بين قوانين هذه الدول. وبالإضافة إلى ذلك فإن دولة المقر قد تنعدم الصلة بينها وبين النزاع الأمر الذي يبرر عدم اللجوء إلى قاعدة الإسناد المختصة لديها<sup>(٣)</sup>.

وذهب رأي ثان<sup>(٤)</sup> إلى القول بإخضاع أهمية التحكيم للقانون الذي تعينه قواعد الإسناد في قانون القاضي Loi du for والتانون واجب التطبيق على التحكيم Loi d'arbitrage<sup>(٥)</sup>، أي قانون الإرادة المستقلة. ولكن يعيب هذا الحل أنه يؤدي إلى تطبيق قاعدتين للإسناد تطبيقا جامعا

(١) انظر:

Fouchard, (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 88, No. 154.

(٢) انظر:

Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 601, No. 6.

(٣) انظر: د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ٢٢٤ - ٢٢٥، بند ٢١٥.

(٤) انظر:

Klein (E.F.), Considérations ..... Op. Cit., P. 250, No. 138,

(٥) تجدر الإشارة إلى أن هذا الفقيه يرى إخضاع التحكيم في كل مراحله المتعاقبة لقانون واحد، وهو قانون الإرادة، راجع مؤلفه:

Considérations ..... Op. Cit., P. 211 et S.

Application Cumulative. مما قد لا يحل المشكلة بل قد يزيد من تعقيدها<sup>(١)</sup>.

وذهب رأى ثالث<sup>(٢)</sup> إلى القول بأنه، من أجل تفادي اختلاف الحلول المترتبة على تطبيق القانون الشخصى، فإن الحل الأفضل يتمثل فى إسناد أهلية التحكيم إلى القانون واجب التطبيق على العقد ذاته. ولكن هذا الحل لا يمكن الأخذ به لأن مسألة الأهلية ليست من المسائل التعاقدية بل هى سفة لصيقة بالشخص وتتحدد بمراعاة حالته. كما أن هذا الحل يخالف ما استقر عليه العمل فى المجتمع الدولى المعاصر، حيث أن الغالبية العظمى من تشريعات الدول تصنف الأهلية ضمن النظام الشخصى، وتختصها بقاعدة إسناد مفادها خضوع الأهلية للقانون الشخصى للأطراف المعنية. هذا بالإضافة إلى أن إسناد الأهلية إلى قانون العقد قد يترتب عليه أيضا إختلاف فى الحلول حسب مضمون القانون الذى يحكم العقد فى كل قنينة على حدة.

وإزاء عدم كفاية الأخذ بالحلول المقترحة من قبل بعض الفقهاء على نحو ما بينا، يتجه الفقه الراجع<sup>(٣)</sup> - فى نظرنا - إلى التسليم

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
87, No. 154.

(٢) راجع فى ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage .... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P.  
117, No. 64.

(٣) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
88, No. 156.

حيث يرى عدم إمكان التغلص من الاختيار بين قانون الجنسية وقانون الوطن إزاء قواعد الإسناد المفروضة من قبل الاتفاقيات الدولية السابق ذكرها، ونظر أيضا:

Boisseson (M.), Le droit Français ..... Op. Cit., P. 497,  
No. 583.

وراجع أيضا:

Robert (J.), L'arbitrage, droit interne, droit international  
privé, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 1983, PP. 233 - 234, No. 268  
et 6<sup>e</sup> édition, 1993, P. 237, No 268.

بالقاعدة التي أخذت بها الاتفاقيات الدولية، وهي خضوع أهلية التحكيم للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة، سواء أكان قانون المولن أو قانون الجنسية.

ويذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى ضرورة الأخذ، في مجال أهلية التحكيم، بقضاء ليزاردى Lizardi<sup>(٢)</sup> الشهير، والذي مفاده عدم الاعتداد بنقص الأهلية المقرر في القانون الشخصي واجب التطبيق على أحد الأطراف، مادام أن الطرف الآخر كان معذورا في جهله بنقص أهلية هذا الطرف المتعاقد معه.

وبالتالي يستطيع المحكمون عدم الاعتداد بنقص أهلية أحد الأطراف

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 88  
- 89, No. 165.

وأيضا:

Boisseson (M.), Le droit Français .... Op. Cit., P. 498,  
No. 583.

(٢) صدر هذا الحكم من محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يناير سنة ١٨٦١، في قضية تلخص وقائعها في أن شابا مكسيكيا يدعى ليزاردى ويبلغ من العمر ٢٢ سنة سافر إلى فرنسا حيث قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسي، ووقع على سندات بشنها، ولما طُوبى بالوفاء بهذه السندات دفع بطلانها إبتداء إلى أنه قاصر وفقا للقانون المكسيكي الواجب التطبيق على أهليته والذي يقضى بأن سن الرشد ٢٥ عاما، ولكن القضاء الفرنسي حكم بصحة السندات وإلزام الشاب المكسيكي بها. وأثبتت محكمة النقض هذا القضاء على أساس أنه لا يجوز أن يفترض في الفرنسي العلم بكل قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية وسن الرشد ويكفي أن يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد بحسن نية وبغير خفة أو رعونة، وقد حرصت العديد من الدول على تضمين تشريعاتها نصوصا تأخذ بهذا الحكم ومنها يمكن أن نذكر المادة ١١ من القانون المدني المصري. راجع مع المزيد من التفاصيل: د. عز الدين عبيد الله، القانون الدولي الخاص ..... المرجع السابق، ص ٢٢٠ ومبعضها، بند ٨٤؛ د. فؤاد رياش، د. سلية راشد، الجيز في تنازع القوانين ..... المرجع السابق، ص ٢٤٥ ومبعضها؛ د. هشام صادق، تنازع القوانين ..... المرجع السابق، ص ٥٩١ ومبعضها، بند ١٦٢؛ د. لمريم أحمد، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين ..... المرجع السابق، ص ١٠١ ومبعضها.

المقرر فى القانون الشخصى واجب التطبيق عليه إذا ما تبين لهم حسن نية الطرف الآخر وأنه كان معذورا فى جهله بنقص أهلية الطرف المتعاقد معه.

فى المقابل، يرى بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> أن الأخذ بقضاء ليزاردى فى مسائل التحكيم الدولى يبدو أمرا غير مرغوب فيه، وذلك نظرا لقدرة كل طرف فى فحص أهلية الطرف الآخر فى قانونه الشخصى، سواء أكان هو قانون الجنسية أم قانون الموطن.

ونحن نرى وجوب الأخذ بقاعدة إسناد موحدة تطبيق فى جميع الأحوال سواء أمام المحكم أو القاضى الوطنى. ونرى الأخذ بقانون الجنسية، باعتباره القانون الشخصى، ليكون هو الواجب التطبيق على أهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم. وذلك لكون قانون الجنسية هو القانون الأكثر ثباتا والأقل عرضة للتغيير من غيره. حيث يتحدد بالنظر إلى ضابط ثابت ألا وهو ضابط الجنسية. كما أن هذا القانون من السهل التوصل إليه حيث يكفى المحكم أو القاضى الوطنى تحديد الدولة التى ينتمى إليها الطرف المتعاقد بראئطة الجنسية لمعرفة القانون واجب التطبيق على أهليته. ونوصى بالأخذ بهذا الحل بالنسبة لأهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم فى عقود البرول. وبناء عليه تخضع أهلية الشركات الأجنبية الخاصة لقوانين الدول التى ينتمون إليها بجنسياتهم، فإذا كانت الشركة أمريكية فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الأمريكى، وإذا كانت فرنسية فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الفرنسى، وهكذا.

(١) فطر:

Loussouarn (Y.), et Bredin, (J-D.), Op. Cit., P. 95, No 82.

وفى نفس المعنى راجع:

Robert (J.), Op. Cit., P. 5<sup>e</sup> édition, 1983, P. 234, No. 268.

حيث يرى أنه من الشكوك فيه الاعتراف بجهل أهلية المتعاقد الأجنبى، وذلك نظرا لامتلاك كل طرف بالتأكد من أهلية الطرف الآخر منذ لحظة إبرام العقد.

ومع ذلك، يمكن اللجوء احتياطيا إلى قانون المولن في حالة عدم كفاية معيار الجنسية في تحديد القانون واجب التطبيق، كما لو كانت الشركة المتعاقدة تحمل أكثر من جنسية مثلا.

## **الفرع الثاني**

### **أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم**

لبحث مشكلة مدى أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم نعرض تباعا لموقف كل من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والتضاء الوطنى وآراء الفقهاء وأخيرا لأحكام التحكيم وذلك على النحو التالى:

#### **أولا: القوانين الوطنية:**

لم تتخذ القوانين الوطنية موقفا موحدا تجاه مسألة أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى للتحكيم، بل اختلفت فيما بينها، فمن القوانين ما تعترف للدول والأشخاص المعنوية العامة بأهلية التحكيم، ومنها ما يحظر عليها اللجوء للتحكيم.

#### **١ - القوانين الوطنية التى قررت أهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم:**

اعترفت العديد من القوانين الوطنية للدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى بأهلية إبرام اتفاقات التحكيم، وبصفة خاصة فى مجال المعاملات الدولية الخاصة.

فقد اعترفت بذلك معظم قوانين الدول الأوربية مثل النمسا وأسبانيا وإيطاليا وسويسرا، وكذلك تشريعات الدول الإسكندنافية (الدنمارك وفنلندا والسويد والنرويج)<sup>(١)</sup>. وكذلك فى ألمانيا، حيث لم يستبعد القانون الألمانى

(١) انظر:

El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 137; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 480, No. 686; Flamme, L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et -

من نطاق التحكيم سوى المسائل الخاضعة للقانون العام وتلك المتعلقة بالنظام العام. أما بالنسبة لمنازعات القانون الخاص. فإنه يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم مثلها في ذلك مثل الأشخاص الخاصة<sup>(١)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للدول الاشتراكية، (روسيا والمجر وبولينيا ويوغسلافيا وبلغاريا ورومانيا). ففي هذه البلدان تمارس التجارة الخارجية بواسطة المؤسسات الحكومية الخاضعة للقانون العام. ولا تقبل هذه المؤسسات سوى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة. فالتحكيم يعتبر، في هذه البلدان. الوسيلة الطبيعية والوحيدة المقررة لتسوية المنازعات التي تثور بين الأشخاص العامة والشركات الأجنبية المتعاملة معها<sup>(٢)</sup>. وقد اعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم تشريعات بعض الدول الآسيوية مثل الهند وباكستان واليابان<sup>(٣)</sup>.

ولقد تضمنت قوانين الاستثمار في العديد من الدول نموسا صريحة بشأن التحكيم، بقتضاها يتم حسم المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدولة

- 
- personnes de droit privé, Rev. Arb., 1966, P. 85;  
Storme (M.), L'arbitrage entre personnes de droit  
public et personnes de droit privé, Rev. Arb., 1978, P.  
123.

(١) انظر:

El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 136; Storme (M.),  
Op. Cit., P. 126.

(٢) انظر:

El - Ahdab (A.), L'arbitrage dans les pays arabes,  
économica, Paris, 1988, P. 828; Huys (M.) et Keutgen (G),  
Op. Cit., P. 480, No. 686; El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P.  
129, No. 138.

(٣) انظر:

Flamme, Op. Cit., P. 85; Storme (M.), Op. Cit., P. 123; Huys  
(M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 480, No. 686; El-Gohary  
(M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 137.

والأشخاص العامة من ناحية. والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى. وفقا لإجراءات التحكيم. ومن هذه القوانين ما أخذت بأسلوب التحكيم الحر Ad Hoc مثل القوانين اليونانية لحماية رأس المال الأجنبي والتنمية الاقتصادية. والقانون الأفغانى والأندونيسى والجابونى. وقانون النيجر<sup>(١)</sup>. ومنها ما أخذت بالتحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار. من ذلك قانون زانير. والقانون التونسى الصادر فى ٢٩ مايو ١٩٦٩. والقانون النيجيرى الصادر فى ١١ مارس ١٩٧٤<sup>(٢)</sup>.

وقد تضمنت بعض القوانين الخاصة باستغلال الثروات الطبيعية - وخصوصا الثروة البترولية - اتنى على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبة استغلالها. كما هو الحال فى اليونان وباكستان والمغرب وإيران<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن نذكر من بين القوانين التى اعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم. القانون المصرى الجديد للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. حيث نصت المادة الأولى منه على أن «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية . . . . تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع . . .».

ولكن على الرغم من وضوح النص المذكور واعترافه بقدرة أشخاص

---

(١) انظر: Vergopoulos - Michail, Op. Cit., PP. 22 - 24.

(٢) انظر: Ibid, P. 30.

(٣) انظر: Ibid, PP. 22 - 24.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإيراني لسنة ١٩٤٥ كان يشترط لاتجاه الحكومة إلى التحكيم فى منازعاتها مع الأفراد الحصول على إذن من مجلس الوزراء. ومع ذلك كان هذا القيد لا يسرى على الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. ثم جاء قانون البترول الإيراني فى سنة ١٩٥٧. ونسب سراحة على قدرة الشركة الإيرانية على اللجوء للتحكيم بصد المنازعات تنشأ عن عقود البترول. راجع:

El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 130, No. 139.



القانون العام على الاتفاق على التحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع، وسواء أكانت مدنية أو تجارية أو إدارية، إلا أن الخلاف قد ثار حول مدى جواز اتفاق اشخاص القانون العام على التحكيم بخصوص العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

وسرعان ما حسم المشرع هذا الأمر بإدخال تعديل تشريعي لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وافق عليه مجلس الشعب في ٢٢ أبريل سنة ١٩٩٧ بإضافة فقرة إلى المادة المذكورة تنص بأنه «في جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية .....».

ويمكن أن نذكر ضمن هذا الاتجاه أيضاً، الدول التي لم تتضمن تشريعاتها أي نص قانوني يحظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لانبجلترا حيث لم تتضمن قوانين التحكيم المتعاقبة - لسنة ١٨٨٩، ١٩٣٤، ١٩٥٠، ١٩٧٩ - أي نص يحظر على الأشخاص المبنوية العامة اللجوء إلى التحكيم<sup>(٢)</sup>. وكذلك أيضاً بالنسبة لبعض الدول العربية مثل العراق والكويت، حيث تتضمن غالبية العقود المبرمة بين الحكومة والأشخاص الخاصة الأجنبية - وخصوصاً عقود البترول - شروطاً تنص بخضوع المنازعات التي تنشأ عنها للتحكيم<sup>(٣)</sup>.

والنتيجة التي يمكن أن نستخلصها من العرض السابق هي صلاحية

---

(١) انظر في هذا الخلاف: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٢٢ وبالمعنى.

(٢) انظر:

Zahi (A.), L'État et l'arbitrage, étude comparée, principalement du droit des États arabes, Thèse, Orléans, 1979, PP. 113 - 114; El-Ahdab (A.), L'arbitrage dans ..., Op. Cit., P. 115; El-Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 137.

(٣) انظر: بالنسبة للعراق:

El-Ahdab (A.), L'arbitrage dans ..., Op. Cit., P. 449, et P. 510.

وبالنسبة للكويت راجع:

Chamy (E.), Op. Cit., P. 212 et P. 328, No. 312.

الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في هذه الدول. ومن ثم يجوز لها الاتفاق على التحكيم بصدد عقود البترول التي تبرمها مع الشركات الأجنبية.

## ٢ - القوانين الوطنية التي حظرت على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم:

حظرت قوانين بعض الدول العربية على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم لفرض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الأشخاص الخاصة. ويمكن أن نذكر من هذه الدول السعودية وليبيا والجزائر.

ففي المملكة العربية السعودية، بعد أن كانت الحكومة تقبل اللجوء إلى التحكيم من أجل حسم المنازعات التي تثور بينها وبين المستثمرين الأجانب، كما يتضح من استقراء عقود البترول التي أبرمتها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البترول، فإن حكم تحكيم أرامكو لسنة ١٩٥٨ كان له ردود فعل وانعكاسات خطيرة على ممارسة التحكيم من قبل حكومة السعودية، وكان بداية لمناقشات طويلة حول شرعية أسلوب التحكيم ذاته سواء بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص الخاصة.

ففي ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٢ أصدر مجلس الوزراء السعودي قراراً يحظر فيه على الأشخاص العامة كل شكل من أشكال التحكيم التجاري الدولي. ومع ذلك أجاز هذا القرار اللجوء إلى التحكيم في مجال عقود الامتياز الهامة إذا ما وجدت المملكة ميزة خاصة في إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود<sup>(١)</sup>. ونظراً لأن عقود البترول تمد ذات أهمية حيوية بالنسبة للمملكة، فقد استمر التحكيم كأسلوب متبع لحسم المنازعات التي تثور بشأنها<sup>(٢)</sup>.

(١) وراجع:

El - Ahdab, L'arbitrage dans ..., Op. Cit., P. 260 et S.;  
Chamy (E.), Op. Cit., P. 291, No. 283; Vergopoulos -  
Michail (A.), Op. Cit., P. 50 - 51.

(٢) راجع المادة (٢٠) من العقد البرم في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦٧ بين المؤسسة السعودية بترولين والشركة الإيطالية لجيب، والمادة (٢٥) من العقد البرم بين نفس المؤسسة وشركة ستاكلير في ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧. انظر: د. محمد لبيب شقير، د. سلب زنب، المرجع السابق، ص ١٢٢١، ص ١٢٢٦ على التوالي.

وأخيراً، وبعد سنوات عديدة من المناقشات التي دارت حول شرعية التحكيم في المملكة، صدر قانون التحكيم في ١٢/٧/١٤٠٢هـ، الموافق ٢٥ إبريل ١٩٨٢م. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من هذا القانون على أنه «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لنقض منازعاتهم مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء». ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم<sup>(١)</sup>. وبناء عليه، فإن أهلية الأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم، في المملكة العربية السعودية، مقيدة بشرط الحصول على موافقة مجلس الوزراء. وليست لها الأهلية الكاملة في اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها مع الأشخاص الأخرى.

وفي ليبيا فرض الحظر على الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم بصور القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٠، والذي نصت المادة الأولى منه على أنه «يعد باطلا كل شرط يرد في عقد مبرم بواسطة الوزارات والإدارات الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ينص على تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد بطريق التحكيم...». ويستفاد من هذا النص أن الحظر يرد على التحكيم ذي الطابع الدولي، وذلك لأن غالبية العقود ذات الطابع الدولي - وخصوصاً عقود البترول - المبرمة مع شركات أجنبية يكون فيها الطرف الليبي أحد الأشخاص العامة.

على أن هذا الحظر لم يستمر سوى بضعة شهور أمام حاجات التجارة الدولية، واضطر المشرع إلى التدخل في ٤ يناير ١٩٧١ حيث أضاف للمادة الأولى من القانون المذكور الفقرة الآتية «ومع ذلك يجوز

---

(١) راجع في التعليق على هذا القانون:

El - Ahdab (A.), L'arbitrage en arabie Saoudite sous le régime de la Nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985, Rev. Arb., 1986, P. 541 etSS; Chamy (E.), Op. Cit., P. 311 etSS, No. 296 etSS.

ونظر بالبرية، محمد أحمد المنصوري، نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم إلى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط الذي انعقد بالقاهرة في يناير عام

لمجلس الوزراء الموافقة على إلقاء هذا الحظر. بناء على الاعتبارات الضرورية المقدمة من الوزير المختص، بالنسبة لبعض الأطراف وبعض العقود». ثم أصدر المشرع الليبي في ١٥ أكتوبر لسنة ١٩٧٢ قانوناً ذي مادة واحدة - ألقى بموجب الحظر الذي كان يفرضه القانون السابق - نص على أن «يقرر المشرع الليبي التنازل نهائياً عن فكرة حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية».

ثم عاد المشرع الليبي وقصر اللجوء إلى التحكيم على الحالات الاستثنائية فقط وذلك في ٢٠ نوفمبر لسنة ١٩٧٧. ثم أصدر المشرع مرسوماً في ٦ مايو سنة ١٩٨٠ حول تنظيم العقود الإدارية. نصت المادة ٩٩ منه على أنه «في العقود الإدارية، يجب النص على أن تحسم المنازعات الناشئة عن العقد من حيث البدا لاختصاص القضاء الليبي. ومع ذلك يجوز اللجوء إلى التحكيم عند الضرورة وبالنسبة للعقود المبرمة مع الشركات الأجنبية...». ويستخلص من هذا النص أن المشرع الليبي قد حظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم بشأن المعاملات الداخلية. وأجاز لها اللجوء إلى التحكيم بسدد العقود ذات المنصر الأجنبي<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، تدخل المشرع في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٦، وحظر اللجوء إلى التحكيم، وجعل الاختصاص للمحاكم الليبية وحدها، حيث عدل من نص المادة ٩٩ - السابق ذكرها - وأصبحت كالتالي «تختص المحاكم الليبية وحدها بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. ويعتبر باطلاً كل نص يخضع حل المنازعات الناشئة عن العقد إلى التحكيم أو إلى

---

(١) راجع في ذلك كله:

Mezghani (A.), *Souveraineté de l'État et Participation à l'arbitrage*, Rev. Arb., 1985, P. 555 etSS.; El-Ahdab (A.), *L'arbitrage dans ...*, Op. Cit., PP. 590 - 591; Chamy (E.), Op. Cit., P. 254 etSS, No. 251 etSS.

أى قضاء آخر «...» (١). وبناء على هذا، أصبح محظورا على الأشخاص العامة الليبية الاتفاق على التحكيم لنقض المنازعات التي تثار بصدد العقود التي تبرمها - بما في ذلك عقود البترول - مع الأشخاص الخاصة الأجنبية.

أما بالنسبة للجزائر، فيرجع الحظر المفروض على الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم، إلى نص المادة ٢/٤٤٢ من قانون المرافعات الجزائرى الصادر فى ٨ يونيو سنة ١٩٦٦، والتي تنص على أنه «لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم». وقد أكد المشرع هذا الحظر، ونص على مبدأ اختصاص القضاء الوطنى، وذلك بالقانون الصادر فى ١٩ أغسطس سنة ١٩٨٦، والذي حث فيه الشركات الأجنبية على المساهمة مع الشركة العامة سوناطراك Sonatrach فى ميدان البحث والتنقيب واستغلال المواد الهيدروكربونية. فقد أعطى هذا القانون للأطراف القدرة على عرض النزاع الذى ينشأ بينهم على لجنة توفيق Une comission de conciliation لحسم النزاع بطريقة ودية. فإذا لم يتفق الأطراف على عرض النزاع على هذه اللجنة أو انتهت إجراءات التوفيق بالفشل، فلا يناس فى هذه الحالة من اللجوء إلى القضاء الوطنى لحسم النزاع.

ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعى الواضح، ومن رفض الجزائر للتحكيم، إلا أن الموقف من الناحية العملية كان مختلفا تماما. فقد أبرمت الجزائر العديد من عقود البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة والتي تضمنت شروطا للتحكيم. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال العقد الذى أبرم فى ١٩ أكتوبر لسنة ١٩٦٨ بين الجزائر وشركة جيتى الأمريكية. وقد استمر النص على التحكيم - حتى بعد تأميم صناعة البترول فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧١ - فى العقود التى أبرمتها شركة

(١) حظر:

سونامطراك الجزائرية مع شركات البترول الأجنبية ونذكر من ذلك العقد التكميلي البرم في ٢٧ مايو سنة ١٩٧٢ بين شركة جيتي وسونامطراك، فقد نصت المادة (١٢) من هذا العقد على الأخذ بالتحكيم<sup>(١)</sup>.

ومن أجل أن يتطابق الموقف التشريعي مع الممارسة العملية، تدخل المشرع الجزائري وعدل من صياغة المادة (١٤٢) من قانون المرافعات، وذلك بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ٢٢ أبريل لسنة ١٩٩٧. وجاءت صياغة المادة المذكورة على النحو التالي «لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقات التجارة الدولية». وبهذا يكون المشرع قد اعترف بأهلية الأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم بصدد العقود ذات الطابع الدولي. بما في ذلك عقود البترول المبرمة مع الشركات الأجنبية.

ومن بين القوانين التي حظرت على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، قوانين دول أمريكا اللاتينية. فقد اتخذت هذه الدول موقفا عدائيا تجاه التحكيم واعتبرته اعتداءا على سيادتها الوطنية، فأدرجت في قوانينها نصوما تحظر على الدولة والأشخاص العامة اللجوء للتحكيم، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال، المادة السادسة من قانون الأرجنتين لسنة ١٩٧٢، والمادة التاسعة من قانون فنزويلا لسنة ١٩٦٢. بل لقد نصبت إلى أبعد من ذلك حيث أدرجت في عقود الاستثمار شروطا يتنازل بموجبها المستثمر الأجنبي عن الحماية الدبلوماسية لدولته، وعن اللجوء إلى التحكيم، ويقبل فقط الاختصاص المقصور للمحاكم الوطنية لحسم المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود. ويرجع هذا الموقف العدائي تجاه التحكيم إلى ما عيسى في دول أمريكا اللاتينية من فهم خاطئ للقانون *La Doctrine Calvo* والذي بموجبه

(١) ويصح في ذلك كله:

Issad: (M.), L'arbitrage en Algérie, Rev. Arb., PP: 234  
et ISS: Takti (NEJ), L'arbitrage international et l'entreprise  
publique-économique en Algérie, Rev. Arb., 1990, PP: 588  
et ISS: et L'arbitrage et l'entreprise publique en Afrique,  
de nouv. RIDEDEC., 1990, PP: 132 et 8.

لا يجوز للأجانب التمتع بحقوق أو امتيازات أكثر من المعترف بها للمواطنين، كما يجب على الأجانب الخضوع للتضاء الوطنى فى المنازعات الناشئة عن عقودهم مثلهم فى ذلك مثل المواطنين.

ويطبق لهذا المذهب، وضمت الدول الأعضاء فى اتفاق قمرلجانه (شيلى، بوليفيا، كولومبيا، فنزويلا، ليكاتير)، تقنين أندين Andin للاستثمار الأجنبى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٧٠، والذي نهى فى المادة (٥١) منه على أن «لا يجوز إدراج شروط من شأنها استبعاد المنازعات أو الخلافات المحتملة من اختصاص التضاء الوطنى، ومن اختصاص قانون الدولة المضيفة».

ولعل هذا الموقف المعارض للتحكيم هو ما يفسر عدم انضمام دول أمريكا اللاتينية إلى اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. حيث ترى هذه الدول فى الوسائل التى أخذت بها هذه الاتفاقية تدخل فى شئونها الداخلية، واعتداء على مبدأ وجوب معاملة الأجانب والمواطنين على قدم المساواة، كما أنها تدل على فقدان الثقة فى استقلال المحاكم الوطنية ونزاهتها<sup>(١)</sup>.

وقد حظرت قوانين بعض الدول الأوروبية على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم. وأكبر مثال - يمكن أن يساق فى هذا الصدد هو القانون الفرنسى، وبعض القوانين التى تأثرت به<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع فى ذلك كله:

Van Den Berg (A.), Op. Cit., PP. 148 - 149; El-Ahdab (A), L'arbitrage dans ..... Op. Cit., PP. 827 - 828; Vergopoulos - Michail (A.), Op. Cit., P. 41 et SS.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., PP. 254 - 255, No. 447 - 449.

(٢) كان هذا المظهر منصوصا عليه فى المادتين ١٠٠٤، ٨٧ من قانون المرافعات البلجيكي. حتى حدث تعديل تشريعى فى سنة ١٩٧٢، حيث ورد المظهر فى المادة ٢/١١٧٦ من قانون القضاء البلجيكي، والتي نصت على أنه «حيثما دعا الأشخاص المعنوية العامة، فإن كل شخص له لفعية الصلح يمكنه إبرام اتفاق تحكيم. وتستطيع الدولة إبرام اتفاق تحكيم عندما تجيز لها ذلك صراحة». ووفقا للمادة الثالثة من ذات المادة مطبق للمحك من القانون مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بقانون».

إن تطلّ البداية في هذا الحظر الموجه إلى الدولة والأشخاص العامة تكمن في قانون المرافعات الفرنسي القديم، وعلى وجه التحديد في المادتين ١٠٠٤، ٨٢. فقد نصت المادة ١٠٠٤ على عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة وحضورها في الدعوى. وقد عدت المادة ٨٢ هذه المنازعات وذكرت من بينها «المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة»<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك ذهب الفقه الطالب<sup>(٢)</sup> - تمقيبا على هذين النصين - إلى

---

- وبناء على ذلك لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في حالتين: إذا تجاوزت ذلك مصلحة دولية أو إذا وجد قانون خاص يجيز التحكيم. راجع في ذلك:

Reymond (C.), *Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage*, Rev. Arb., 1985, P. 528.; Rivero (J.), *Personnes morales de droit public et arbitrage*, Rev. Arb., 1973, P. 263.; Huys (M.), et Keutgen (G.), *Op. Cit.*, P. 66, No. 65 - 66.; Storme (M.), *Op. Cit.*, P. 113, etSS.

(١) انظر:

Vedel: le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1961, P. 117.; Mestre (A.), *Les Établissements publics industriels et commerciaux et le recours à l'arbitrage*, Rev. Arb., 1976, P. 4.; Leducq (X.), *Op. Cit.*, PP. 373 - 374, No. 623 - 624.

وفي التطبيق على هاتين المادتين انظر:

Zahi (A.), *Op. Cit.*, P. 36 etSS.

(٢) انظر:

Vedel: *Op. Cit.*, P. 118.; Rubellin - Dévichj (J.), *Op. Cit.*, P. 73 et 74, No. 95 - 97.; Motulsky: *L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public*, Rev. Arb., 1956, P. 38. ; *La capacité de compromettre des établissements publics à caractère commercial*, Rev. Arb., 1958, P. 39.; Leducq (X.), *Op. Cit.*, PP 374 - 375.

وفي الاتفاقات التي وجهت إلى هذا الحظر راجع:

Mestre (A.), *Op. Cit.*, P. 7 etSS.



أن هذا المحظر قاصر على الأشخاص الإدارية بالمعنى الدقيق، ولا يمتد إلى الأشخاص العامة ذات الطابع التجارى والصناعى. وذلك على أساس أن المؤسسة العامة ذات الطابع التجارى والصناعى تعتبر تاجرا حقيقيا تطبق على علاقاته قواعد القانون التجارى، وتخضع للقضاء التجارى. وبالتالي يكون فى مقدور الأشخاص العامة ذات الطابع التجارى والصناعى اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمنازعات الناشئة عن المعاملات الخاصة للقانون الخاص.

بيد أن مجلس الدولة الفرنسى قد أظهر معارضة الدائمة بخصوص لجوء الأشخاص العامة للتحكيم. ففى الحكم الذى أصدره مجلس الدولة فى ١٢ ديسمبر لسنة ١٩٥٧، أكد فيه «يستخلص من نص المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية أن المؤسسات العامة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم، إلا إذا وجد نص تشريعى خاص يسمح لها بذلك»<sup>(١)</sup>. ولقد تدخل المشرع الفرنسى بالفعل فى العديد من المرات وأصدر قوانين خاصة أجاز بموجبها للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وقد حدث تعديلان تشريعيان، أولهما بالقانون المدنى الصادر فى ٥ يوليو ١٩٧٢م وبموجبه لم يفعل المشرع سوى النص على الخطر فى المادة ٢٠٦٠، والتي نصت على أنه: «لا يجوز التحكيم ... فى المنازعات المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة. وبوجه عام فى المسائل المتعلقة بالنظام العام». وثانيهما: بالقانون الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩٧٥، وبموجبه أضاف المشرع للمادة ٢٠٢٠ فقرة ثانية تنص بأنه «ومع ذلك يجوز الترخيص لبعض أنواع

Rev. Arb., 1958, P. 20.

(١) انظر الحكم منشور فى:

وفى التطبيق عليه راجع:

Motulsky: *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Op. Cit., P. 103 et SS.

(٢) ونذكر من ذلك القانون الصادر فى ١٧ إبريل سنة ١٩٠٦، والقانون الصادر فى ٨

إبريل سنة ١٩٤٦، حول تسليم الجواز والكهرباء، انظر:

Vedet. Op. Cit., P. 119.; Flamme: Op. Cit., P. 85 et SS.

Zahi (A.), Op. Cit., PP. 45 - 46.

المؤسسات العامة ذات الطابع التجارى والصناعى باللجوء إلى التحكيم وذلك بموجب مرسوم<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه، لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، ولا يستثنى من ذلك سوى المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى وذلك بشرط أن يرخص لها مرسوم بذلك<sup>(٢)</sup>.

وقد استمر مجلس الدولة الفرنسى على موقفه المعارض تجاه لجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم، متبكيا بالحظر المفروض عليها. فعندما طلب منه الرأى بخصوع مشروع Eurodisneyland، أكد أن الاتفاق يتوافر فيه الخصائص المميزة للعقد الإدارى، ويتطلب تنفيذه ممارسة امتيازات السلطة العامة. وانتهى المجلس إلى أن هذا العقد لا يعد عقدا دوليا، وأن التصديق على اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار من قبل فرنسا، ليس له أى أثر على الحظر المفروض على الأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم.

وقد كان من شأن هذا الرأى أن اضطرت الحكومة الفرنسية إلى استصدار قانون فى ١٩ أغسطس سنة ١٩٨٦ نص فى المادة التاسعة منه على أنه «بالمخالفة لنص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى، يجوز للدولة والمؤسسات العامة إدراج شرط تحكيم فى العقود التى يبرمونها مع الشركات الأجنبية لإنجاز عمليات ذات مصلحة وطنية، وذلك لتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق وتفسير هذه العقود»<sup>(٣)</sup>.

(١) حول مدين للتدليلين التشريعيين انظر:

Zahi (A.), Op. Cit., P. 51 etSS.; Leducq (X.), Op. Cit., P. 375 etSS.; Mestre (A.), Op. Cit., P. 3 etSS.

(٢) حول المزيد من التفاصيل بالنسبة لهذا الاستثناء راجع:

Mestre (A.), Op. Cit., P. 12 etSS.

(٣) انظر،

El - Ahdab (A.), L'arbitrage dans —, Op. Cit., PP. 93

- 94.

وراجع فى التعليق على هذا القانون:

Boisseson (M.), Interrogations et doutes sur une évolution législative: article 9 de la loi du 19 Août 1986.; Rev. Arb. 1987, P. 3 etSS.

وتجدر الإشارة أخيراً، إلى أن القانون الفرنسي بشأن التحكيم الصادر في ١٢ مايو لسنة ١٩٨١، لم يتضمن نصاً بشأن أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم. ولكن تقرير وزير العدل بشأن هذا القانون الذي قدمه إلى رئيس الوزراء جاء فيه «أن الأحكام الجديدة بشأن التحكيم الدولي لا تتعلق إلا بالإجراءات ولا تمس مطلقاً المبادئ التي قررتها محكمة النقض فيما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي، والتي من أهمها الأحكام الصادرة بخصوص اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة»<sup>(١)</sup>. ويكفي أن نذكر هنا أن قضاء محكمة النقض قد استقر على قصر هذا الحظر على العلاقات الداخلية، دون العلاقات ذات الطابع الدولي. وهذا مفاده الاعتراف بأهلية الدولة والأشخاص في الاتفاق على التحكيم في علاقات القانون الدولي الخاص.

#### ثانياً: الاتفاقيات الدولية:

لم يتضمن بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧، واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، أي نص يتعلق بأهلية الدول والأشخاص المعنوية العامة في الاتفاق على التحكيم.

ومع ذلك، ذهب جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> إلى أن نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك يتسع ليشمل اتفاقات التحكيم التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها، مستندين في ذلك على الفقرة الأولى من المادة الخامسة والتي حددت مجال تطبيق الاتفاقية «بالأحكام الصادرة في منازعات ناشئة عن علاقات بين

---

(١) راجع هنا التقرير في: Rev. Arb., 1981, P. 461 etSS.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Les conflits de lois ..... Op. Cit., P. 459,  
No. 66.; David (R.), Op. Cit., PP. 249 - 250.

وراجع في الفقه المصري، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٢٦ - ٢٢٧. ويرى سيادته أنه لولا هذا الإطلاق لما أقبلت الدول الاشتراكية على الانضمام إلى الاتفاقية، د. سمية رشيد، التحكيم في العلاقات ..... المرجع السابق، ص ٢٢٢، بند ١٨١؛ د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٥٢. ولنفس المؤلف انظر: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص ٤٠.

أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية «...». وقد جاء اصطلاح الأشخاص المعنوية مطلقا من كل قيد، الأمر الذى يفهم منه انطباق أحكام الاتفاقية سواء أكان الشخص الاعتبارى من أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية العامة أم من أشخاص القانون العام كالمؤسسات أو الشركات العامة.

وترتبطا على ذلك، ذهب البعض منهم<sup>(١)</sup> إلى إخضاع أهلية الأشخاص العامة فى إبرام اتفاقات التحكيم، لنص المادة الخامسة (الفقرة الأولى) والتي نصت على الأخذ فى هذا الصدد - على نحو ما رأينا - بالقانون الشخصى. وهذا القانون يكون دائما بالنسبة للدولة هو قانونها الداخلى، وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة قانون الدولة المنشئة لهم. وهنا يعنى أن الاتفاقية قد تركت لكل دولة حرية تقرير ما إذا كانت حكومتها ومؤسساتها العامة والشركات التابعة لها لها أهلية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

ويرفض بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> الأخذ بهذا النظر مستندين فى ذلك على أن تطبيق الفقرة الأولى من المادة الخامسة يفترض أن قدرة الأشخاص العامة على اللجوء للتحكيم تعد من مسائل الأهلية، فى حين أن هذه القدرة نوع من السلطة والاختصاص، وهذا التكيف معناه أننا أمام مجال من مجالات القانون العام التى تخرج أساسا من دائرة تنازع القوانين. ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بدخول منازعات الاستثمار، أو جانب منها على الأقل، فى نطاق تطبيق الاتفاقية، إذ لا يستقيم اعتبار أنشطة الاستثمار وخاصة ما يتعلق منها باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد ضمن مجالات القانون الخاص.

ونحن من ناحية نؤيد الرأى الأول فيما ذهب إليه، ولا يمكننا

(١) انظر:

Goldman (B.), Les conflits de lois ..... Op. Cit., P. 458,  
No. 66.; David (R.), Op. Cit., PP. 249 - 250.;  
Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 267, No. 463.

(٢) انظر: د. عاصم الدين التتبي، خصوصية التحكيم فى مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٥٥ وبعدها.

التسليم بما قال به الرأي الأخير؛ لأنه يقوم على افتراضين متنازع فيهما: الأول وهو أن قدرة الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم ليست من مسائل الأهلية، وإنما هي من مسائل السلطة والاختصاص، وتدخل بالتالي في مجال القانون العام. والثاني أن كل عقود الاستثمار، وخاصة عقود استغلال الثروات الطبيعية، تعد من عقود القانون العام. فبالنسبة للقول بأن قدرة الأشخاص المعنوية العامة من مسائل السلطة والاختصاص، فسوف نعرض له فيما بعد<sup>(١)</sup>.

أما القول بأن كل عقود الاستثمار، وخاصة عقود استغلال الثروات الطبيعية، تعد من عقود القانون العام، فلا يمكن الأخذ به على إطلاقه، حيث إنه من غير الممكن القول بمسئة مطلقة أن كل عقود الاستثمار تعد عقوداً إدارية أو من عقود القانون الخاص، وإنما الأمر يتوقف على كل حالة على حده. فإذا توافرت في العقد الشروط الواجب توافرها في العقد الإداري كان العقد إدارياً، وإذا تخلف شرط أو أكثر من هذه الشروط كان العقد من عقود القانون الخاص. وذلك على نحو ما سنرى عند بحث مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

على أية حال، إذا لم تكن اتفاقية نيويورك قد تناولت صراحة مسألة أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم، فإن الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي، قد أكدت صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، فقد نصت في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن «... الأشخاص المعنوية التي تعتبر وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليها، من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة».

وكما هو واضح من النص، فإن الاتفاقية الأوربية قد جاءت بقاعدة موضوعية تلتزم الدول الأعضاء بموجبها بالاعتراف للأشخاص العامة بالقدرة على اللجوء إلى التحكيم والدخول طرفاً في اتفاقات تحكيم صحيحة.

(١) انظر فيما بعد، ص ٢٢٦ وما بعدها.

يبد أن الاتفاقية قد حرست على ألا يكون من شأن تقرير الاعتراف بأهلية الأشخاص العامة لإبرام اتفاقات تحكيم انصراف الدول عن الانضمام إليها. ولذا فقد نصت في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه «يجوز لكل دولة عند التوقيع أو التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها أن تقيد من هذه القدرة وفق الشروط المبينة في إعلانها».

وهكذا أتاحت الاتفاقية للدول الأعضاء بأن تقيد من تطبيق القاعدة الواردة في الفقرة الأولى. سواء عند توقيعها على الاتفاقية أو عند التصديق عليها أو الانضمام إليها. وذلك بوضع شروط يجب توافرها لكي يكون في مقدور الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم<sup>(١)</sup>.

على أنه يجب عدم البالفة في تقدير قيمة هذا التقييد الذي نصت عليه الفقرة الثانية. فمن ناحية يقصد بهذا التقييد تنظيم أهلية الأشخاص العامة في إبرام اتفاقات التحكيم وليس أنقازها. فالدولة المتعاقدة لا يجوز لها إلغاء أهلية هؤلاء الأشخاص كلية. بل يمكنها فقط وضع قيود عليها وتنظيمها. بأن تتطلب مثلاً ضرورة الحصول على ترخيص بذلك من قبل سلطة أو جهة معينة. ومن ناحية أخرى، فإذا حدث ومارست بعض الدول المتعاقدة هذا الحق الذي قررت به الفقرة الثانية، وقامت بوضع تنظيم لأهلية الأشخاص العامة، فلن هذا التنظيم سوف يكون معلوما جيداً للمتقاعدين الأجانب وذلك لكونه غير وارد في قانون داخلي، وإنما في إعلان واضح مودع لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة. بوصفها الجهة التي تودع لديها الأدوات القانونية التي

(١) راجع:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 104, No. 179; Goldman (B.), les conflits de lois ..... Op. Cit., P. 480.

وأيضاً د. حسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٦ - ١٢٧، بند ١٢٨ د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٠١ د. عام الدين القصبي، خصوصية التحكيم .... المرجع السابق، ص ٦٢ ومبعضها.

يتم بها التصديق على الاتفاقيات، أو الانضمام إليها، ومعلوم لدى الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية والتي لن يفوتها أن تعلن به رعاياها<sup>(١)</sup>، الأمر الذي يحول دون الإخلال بتوقعات الأشخاص الخاصة وما عولوا عليه من ركائز قانونية عند إبرامهم اتفاقات تحكيم مع هذه الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثالثة، فإن الدول لا تملك إجراء تقييد لقدرتها أو قدرة ميثانها العامة على الالتجاء للتحكيم في أي وقت بل إن ذلك يتقيد بضرورة الإعلان عنه عند التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها، ويترتب على ذلك أن الدولة لا تملك الاستناد مثلا إلى تفسير قانونها بما يعرّفها من حل منازعاتها بطريق التحكيم لكي تتحلل من التزامها باتفاق تحكيم تكون أبرمته مع الغير ملابا أنها لم تعلن عن عدم قدرتها على اللجوء للتحكيم عند إبرام المعاهدة أو الانضمام إليها<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يمكن القول بأن الاتفاقية الأوربية قد أزلت، بموجب القاعدة العامة الموضوعية التي قررتها، المخاطر التي قد تنجم عن تطبيق القانون الشخصي لكل دولة على أهلية التحكيم، والتسئلة في التحديل التصفي من قبل الدولة ذاتها للتواعد التي تحكم هذه الأهلية<sup>(٤)</sup>.

أما بالنسبة لاتفاقية البنك الدولي المبرمة في واشنطن في ١٨ مارس لسنة ١٩٦٥، فهذه الاتفاقية معدة أصلا لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها من ناحية، والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى، والتي يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار.

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
105, No. 180.

ولينا، د. علم الدين القصبى، خصوصية التحكيم ..... المرجع السابق، ص ٦٦ - ٦٥.

(٢) انظر: د. علم الدين القصبى، خصوصية التحكيم ..... المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣) انظر لستافان ابراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٠٦، ١٠٧.

(٤) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
105, No. 180.

ويتضح ذلك من نص المادة (٢٥) من الاتفاقية. والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه «يشمل اختصاص المركز المنازعات القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة (أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها) وأحد رعايا الدول الأخرى المتعاقدة والتي يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار وذلك إذا ما اتفق الأطراف كتابة على الخضوع للمركز...». فكما هو واضح من النص، أن من أوائل الشروط التي يجب توافرها لاختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات هو أن يكون النزاع قد ثار بين دولة متعاقدة (أو أحد أشخاصها العامة التابعة لها) وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء ذلك يمكن القول بأن مجرد إبرام هذه الاتفاقية وتوقيع الدول عليها والانضمام إليها، يمد في حد ذاته دليلا على أنه بمقدور الدول والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها اللجوء إلى التحكيم، أي أنه تتوفر لديهم الأهلية لإبرام اتفاقات تحكيم، وذلك لأن القول بأن الدول والأشخاص العامة ليس في مقدورهم مطلقا الخضوع للتحكيم معناه أن تفقد هذه الاتفاقية سبب وجودها<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك فإن هذه الاتفاقية قد جاءت خالية من أي التزام يفرض

---

(١) راجع في الشروط الواجب توافرها لاختصاص المركز:

Kahn (Ph.), Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage, colloque juridique international, 1968, PP. 190 - 194.; Delaume (G.R.), Le centre international Op. Cit., PP. 778 - 808.

(٢) انظر في نفس المعنى David (R.), Op. Cit., PP. 251 - 252.

حيث يرى أن الاتفاقية لا يكون لها أي معنى إلا إذا اعترفتنا للأشخاص المعنوية العامة بأهلية الاتفاق على التحكيم. ويرى أيضا أنه من غير المتصور أن إحدى الدول المنضمة إلى اتفاقية البنك الدولي تبرم اتفاقا تلتزم فيه بالخضوع للتحكيم، ثم تدعي بعد ذلك بعدم قدرتها على التحكيم وفقا لتقونها الوطني.

وراجع أيضا: Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 268.

وراجع في نفس المعنى أيضا: د- عثم الدين القصبي، خصوصية التحكيم... المرجع السابق، ص ٧٢، بند ٢٢.



على الدول المتعاقدة الاعتراف بأهليتها وأهلية الأشخاص العامة التابعة لها على الاتفاق على التحكيم<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك، لقد تركت الاتفاقية الدول الأعضاء أحراراً في تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم لدى المركز، وكل ما اشترطته هو إخطار المركز بهؤلاء الأشخاص. ولم تتوقف الاتفاقية عند هذا الحد بل تطلبت، لكي يكون في مقدور الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لدى المركز، إلى جانب رضا الشخص المعنوى العام على الخضوع لهذا التحكيم، موافقة وتصديق الدولة التي يتبعها الشخص المعنوى العام على ذلك، مالم تخطر الدولة المركز بأن هذا القبول من جانبها ليس ضرورياً<sup>(٢)</sup>.

ويتضح ذلك من نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٥) من الاتفاقية، والتي نصت على أنه «إن رضا الهيئة العامة أو المؤسسة التابعة لدولة متعاقدة يجب التصديق عليه من هذه الدولة، مالم تخطر هذه الدولة المركز بأن هذه الموافقة ليست ضرورية».

وفي ضوء ذلك، يجب على الشركة الخاصة الأجنبية - كما هو الحال بالنسبة للشركات العاملة في مجال البترول - عندما تتعاقد مع أحد الأشخاص العامة (الهيئة المصرية العامة للبترول أو الشركة الوطنية الإيرانية للبترول أو المؤسسة العامة السعودية بترومين) أن تتأكد من أن هذا الشخص

---

(١) راجع في نفس المعنى: Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 268.

وقد رتب على ذلك نتيجة مدها خضوع أهلية الدول للتحكيم لتواقينها الداخلية.

(٢) راجع في نفس المعنى:

Delaume (G.R.), le centre international ... Op. Cit., P. 795; le CIRDI et l'immunité des États, Rev. Arb., 1983, P. 153.

وليس: Vergopoulos - Michaël (A.), Op. Cit., P. 60 et SS.

وراجع أيضاً: د. علم الدين التميمي، خصوصية التحكيم .... المرجع السابق، ص

العالم من بين قائمة الأشخاص التي أخطر بها المركز الدولي من قبل الدول التابعين لها، وأن تتأكد من أن موافقة هذا الشخص على اللجوء إلى التحكيم قد تم التصديق عليها من قبل الدولة التابع لها أو أن هذه الدولة قد أخطرت المركز بعدم ضرورة هذا التصديق من جانبها<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن نخلص من استعراض موقف الاتفاقيات الدولية من مسألة أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة في الاتفاق على التحكيم إلى ما يأتي:

١ - على الرغم من أن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ لم تتضمن أي نص يتعلق بأهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في الاتفاق على التحكيم، إلا أن الفقه الراجح - في نظرنا - يرى أن نطاق تطبيق الاتفاقية يتسع ليشمل اتفاقات التحكيم المبرمة بواسطة الدولة والأشخاص العامة، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقات التحكيم في عقود البترول. حيث أن الاتفاقية لم تضع قيوداً بالنسبة للأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافاً في اتفاق التحكيم الخاضع لأحكامها<sup>(٢)</sup>. وترتبط على ذلك تخضع أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها للقانون الشخصي (المادة ١/٥). وهذا القانون بالنسبة للدولة هو قانونها الداخلي. وبالنسبة للأشخاص العامة هو قانون الدولة التابعين لها.

٢ - إن الاتفاقية الأوربية بعد أن اعترفت من حيث المبدأ بأهلية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم (المادة ١/٢)، إلا أنها

(١) انظر في نفس المعنى:

Delaume (GR). Le centre international .... Op. Cit., P.

795.

(٢) وقد لوحنت الأعمال التحضيرية أن مؤتمر الأمم المتحدة الذي أعد الاتفاقية حرص على تأكيد أمر واحد، ألا وهو استبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافاً في اتفاق التحكيم الخاضع لتوليد الاتفاقية. ذلك أن كل الأشخاص الطبيعيين ليا كانت جنسيتهم أو كان توطنهم يجوز لهم الاتفاق على التحكيم، وبالمثل فإن جميع الأشخاص المعنوية يمكنها المخول في اتفاقات تحكيم خاضع للاتفاقية سواء أكانوا من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام. راجع: د. سلبية راشد، التحكيم في العلاقات ..... المرجع السابق، ص ٥٨.

أجازت للدول الأعضاء أن تعيد من هذه الأهلية وذلك وفقا للشروط المبينة في إعلانها. ومن ثم فإن على الطرف الخاص الأجنبي أن يتأكد من أهلية الطرف العام المتعاقد معه في الاتفاق على التحكيم، وما إذا كانت توجد قيود عليها وذلك إما بالاطلاع على إعلان الدولة التابع لها هذا الشخص العام والمودع لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة، أو على قوانين هذه الدولة ذاتها.

٣ - إن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والمبرمة في واشنطن في ١٨ مارس ١٩٦٥ لم تضع قاعدة موضوعية تلتزم الدول الأعضاء بقتضاها بالاعتراف بأهليتها والأشخاص العامة التابعة لها في الاتفاق على التحكيم، بل لقد تركت للدول الأعضاء ذاتها مهمة تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي وإخطار المركز بهم (المادة ١/٢٥). وبالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقية لم تكف بموافقة الشخص العام وقبوله الخضوع للتحكيم لدى المركز. بل أوجبت إلى جانب ذلك تصديق الدولة التابع لها هذا الشخص، وذلك مالم تحصل هذه الدولة المركز بأن التصديق من جانبها غير ضروري (المادة ٢/٢٥).

٤ - إن الاتفاقيات الدولية لم تتعرض للفرض الذي تبرم فيه إحدى الدول (أو إحدى شركاتها العامة) عقدا مع إحدى الشركات الأجنبية الخاصة وتتفق فيه على إخضاع المنازعات التي تنشأ بينهما للتحكيم (كما هو الحال عندما تبرم إحدى الدول المنتجة للبترول عقدا بتروليا مع إحدى الشركات الأجنبية وتتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم)، ثم تأتي الدولة بعد ذلك وتتمسك بعدم صحة اتفاق التحكيم إستنادا إلى إنعدام أهليتها لإبرام هذا الإتفاق، وذلك لأن قانونها الوطني يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم. وكذلك الفرض الذي تقوم فيه الدولة المتعاقدة بتعديل قانونها الوطني من أجل التخلص من الالتزام باللجوء إلى التحكيم الذي سبق وأن ارتضته. وهو ما سنحاول إيجاد الحلول المناسبة له من خلال استعراضنا لموقف الفقه والقضاء الوطني. وأحكام التحكيم وذلك في ثنايا الصفحات التالية.

### ثالثاً: موقف الفقه:

يكاد يجمع الفقه على أن القانون واجب التطبيق على قدرة الدولة والأشخاص العامة على الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم هو القانون الداخلي للدولة ذاتها أو قانون الدولة التابع لها الشخص المعنوي العام، بيد أنهم قد اختلفوا بشأن تكييف مسألة قدرة الدولة والأشخاص العامة على الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم<sup>(١)</sup>.

فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> إلى القول: بأن قدرة الدولة والأشخاص المعنوية العامة ليست من مسائل الأهلية وإنما من مسائل الاختصاص. بمعنى أن المقصود هو تحديد الهيئات التي لها الاختصاص بإبرام اتفاقات التحكيم وإلزام الدولة بها. وبناء عليه ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن القانون الوحيد الذي ينظم هذا الاختصاص هو القانون الداخلي لهذه الدولة. وأيدوا وجهة نظرهم بأن القانون الدولي يحيل في شأن تحديد الأعضاء المختصين بالتوقيع أو التصديق على المعاهدات إلى القانون الداخلي. ومن ثم فإن مسألة معرفة الأعضاء الذين لهم الاختصاص بالتوقيع باسم الدولة على اتفاقات التحكيم وإلزام الدولة بها تخضع حصراً للقانون الداخلي لهذه الدولة.

ويترتب على ذلك - وفقاً لهذا الرأي - أنه لو تم التوقيع على اتفاق التحكيم من جانب سلطة ليس لها اختصاص في هذا الشأن وفقاً للقانون الداخلي للدولة أو الشخص المعنوي العام. فإنه يجب اعتبار هذا الاتفاق باطلاً، وذلك حتى ولو اتفق الأطراف على استبعاد تطبيق هذا القانون على علاقاتهم القانونية وعلى اتفاقاتهم التحكيمية. وبالتالي يجوز للدولة أو الشخص العام الاحتجاج في مواجهة الشخص العام الأجنبي بحظر التحكيم المنصوص عليه في قانونها الداخلي.

(١) راجع في نفس المعنى:

Lalive (P.), L'influence des clauses arbitrales, R.B.D.I.,  
1975, P. 573.

Vedel: Op. Cit., PP. 124 - 126.

(٢) راجع:

وفي نفس الاتجاه، د. عمار الدين التميمي، خصوصية التحكيم ..... المرجع  
السبق، ص ٤٤.

وقد تولى أصحاب هذا الرأي الرد على الحجة المتبثلة في الوضع الأدخالي *L'immoralité de la situation* والذي ينشأ عندما تدفع الدولة بطلان اتفاق التحكيم الذي سبق وأن وقعت عليه. وذلك بالقول بأن الدولة تكون بالطبع مسئولة عن إصلاح الخطأ الذي ارتكبه موظفوها في جعل الغير يعتقد بحسن نية في صحة التزاماتها. فمن السلم به، في القانون الداخلي الفرنسي، أن الدولة ملزمة بإصلاح الخطأ الذي يرتكبه موظفوها بإبرام عقود ليس لهم الاختصاص بإبرامها قانوناً. ففي هذه الحالة رغم أن المقد ليس صحيحاً إلا أنه تثار المسئولية التفسيرية *La responsabilité extra-contractuelle* للدولة. نفس الشيء فإن الدولة ملزمة تجاه الشخص الخاص الأجنبي بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به من جراء الخطأ المرتكب من قبل أجهزتها في حمل الغير على الاعتقاد بحسن نية أن لهم السلطة في إبرام اتفاق التحكيم.

خلاصة هذا الرأي: أن صحة اتفاق التحكيم البرم بواسطة الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي تعتمد في المقام الأول على معرفة ما إذا كان الموظف الذي أبرم اتفاق التحكيم كان له القدرة على ذلك وفقاً للقانون الداخلي لهذه الدولة. ونتيجة لذلك يمكن الاحتجاج بالقيود المفروضة على قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم من القانون الداخلي في مواجهة الطرف الآخر. هذا مع مراعاة المسئولية المحتملة للدولة أو الشخص العام بسبب الخطأ الذي ارتكبه الموظفون في حمل الغير على الاعتقاد باختصاصهم.

ونحن وإن كنا نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه في أن القانون الداخلي هو الواجب التطبيق على قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم، إلا أننا نختلف معهم في النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى: وهي تكييف قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها على أنها من مسائل السلطة والاختصاص. وذلك لأن سلطة التحكيم محانها أن تتوافر لدى الشخص. الذي يوقع على اتفاق التحكيم هيئة القضائية في

تمثيل الطرف الأصيل في هذا الاتفاق والتوقيع نيابة عنه<sup>(١)</sup>. في حين أن أهلية التحكيم معناها قدرة الشخص نفسه (الطرف في اتفاق التحكيم)، على إبرام مثل هذا الاتفاق والدخول طرفا فيه.

وتوضيح ذلك نقول أن سلطة التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص المعنوية العامة تعني أن يكون للموظف الذي تولى التوقيع على اتفاق التحكيم باسم الدولة ولحسابها السلطة والاختصاص قانونا في ذلك. في حين أن أهلية التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص العامة تمنى قدرة هؤلاء أنفسهم على اللجوء إلى التحكيم والدخول طرفا في اتفاق التحكيم. والحديث عن سلطة التحكيم يفترض أن الطرف الأصيل (الدولة أو الأشخاص العامة) في اتفاق التحكيم له أهلية التحكيم، ويحق له أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup>. ومن ثم يمكن القول بأن الحديث عن سلطة التحكيم لا يأتي إلا بعد التأكد أولا من توافر أهلية التحكيم لدى الطرف الأصيل في هذا الاتفاق.

وفي ضوء ذلك، فإني أرى أن في القول بأن قدرة الدولة والأشخاص العامة على اللجوء إلى التحكيم من مسائل السلطة والاختصاص فيه مصادرة على المطلوب، لأن القرض أننا نبحث في مدى قدرة الأشخاص العامة على اللجوء إلى التحكيم والدخول طرفا في اتفاق التحكيم، ولا نبحث عن تكون له السلطة والاختصاص في تمثيل الدولة والأشخاص العامة في إبرام اتفاق التحكيم.

(١) راجع في سلطة التحكيم:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 83 - 85.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 87, No. 151 et. P. 89 - 90, No. 157 - 160.; David (R.), Op. Cit., PP. 247 - 248, No. 194.; Boisseson (M.), le droit Français ..., Op. Cit., P. 499, N° 584.

ونظر في الفقه المصري: د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٢٢ ومابعدها، بند ٤٥ ومابعدها: د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات .....، المرجع السابق، ص ٢٢٠، بند ١٧٨، ص ٢٢٤، بند ١٨٢.

(٢) انظر، د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات .....، المرجع السابق، ص ٢٢٤، بند

فإذا ما تم التأكد من قدرة الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم أى من أهليتهم، فإن البحث يجرى فيها بعد عما إذا كان الموظف الذى تولي التوقيع على اتفاق التحكيم نيابة عن الدولة وباسمها له السلطة والاختصاص فى ذلك، أى التأكد من سلطته واختصاصه فى إبرام اتفاق التحكيم. وإذا ما ثبت عدم قدرة الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم أى عدم توافر أهليتهم فى ذلك فلن يثور البحث عما إذا كان الموظف له سلطة التحكيم من عدمه، وذلك لعدم توافر أهلية هؤلاء فى الاتفاق على التحكيم من أسامه<sup>(١)</sup>.

والتقطة الثانية: هى إمكانية الدولة والأشخاص العامة فى التمسك بالقيود المفروضة من القانون الداخلى على قدرتها فى اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي اعتبار اتفاق التحكيم باطلا. هنا مع مراعاة مسئولية الدولة أو الشخص العام عن الخطأ الذى ارتكبه ممثلوها فى حمل الطرف الآخر على الاعتقاد بحسن نية أن لهم الاختصاص بإبرام اتفاق التحكيم. فنحن نرى أنه من غير المقبول أن تقدم الدولة أو الشخص التابع لها على إبرام اتفاق تحكيم، ثم تأتى فى مرحلة لاحقة وتتمسك بمطلانه بسبب انعدام أو نقص أهليتها فى إبرام مثل هذا الاتفاق بالاستناد على أن قانونها الوطنى يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم أو يفرض قيودا على أهليتها فى إبرام اتفاق التحكيم. إن الدولة لها كامل الحرية عند التعاقد فى أن تقبل أو ترفض الاتفاق على التحكيم، كما أنه يجب عليها عند إبرامها لهذا الاتفاق، مراعاة الشروط والأوضاع التى ينص عليها قانونها الداخلى، فإن هى خالفته فلا يجوز لها التمسك بها لابطال اتفاق التحكيم.

(١) وذلك لا يكفى لصحة اتفاقات التحكيم المبصرة بواسطة الدولة والأشخاص العمومية العامة، أن توافر لديهم أهلية التحكيم، بل يجب إلى جانب ذلك، أن يتم إبرام اتفاق التحكيم من قبل الموظفين الذين لهم السلطة والاختصاص بذلك قانونا، أى السلطة والاختصاص بالتوقيع باسم الدولة أو الشخص العام ولصالحه. وتحدد سلطة واختصاص الممثل القانونى للدولة وفقا لقانونها الداخلى، وبالنسبة للأشخاص العمومية العامة وفقا لقانون الدولة التى يتسبون إليها. ويلاحظ أن هذه السلطة (سلطة التحكيم) لا تثار فقط بالنسبة للأشخاص العمومية العامة، بل أيضا بالنسبة للاختصاص العمومية الخاصة كالشركات، ولجميع فى ذلك:

إن القول بغير ذلك معناه من ناحية مكافأة الدولة (أو الشخص العام) على مخالفتها لقانونها الوطني، ومن ناحية أخرى الإصرار بالتعاقد الآخر حسن النية والذي ربما ما كان ليقبل التعاقد من أسله لو كان يعلم بانعدام أو نقص أهمية الدولة أو الشخص العام في الاتفاق على التحكيم.

كما أن القول بأن قبول الدولة أو الشخص العام لشرط التحكيم رغم عدم قدرته على ذلك، يعتبر خطأ يرتب مسئوليتها ويلزمها بتعويض الضرر الذي أسبب التعاقد الآخر لا يقدم حلاً كافياً، وذلك لأن التعويض عن الضرر سوف يكون عن الضرر الناتج عن إبرام اتفاق تحكيم باطل ولن يشمل التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ هذا الاتفاق. هذا بالإضافة إلى أن التعويض عن هذا الضرر يصبح من الصعب تحقيقه، وذلك لأن مفاد اعتبار اتفاق التحكيم باطلاً، يضيء عدم اختصاص المحكمين، ومن ثم لا يكون المحكمون ذا سعة للحكم على الدولة أو الشخص العام بالتعويض عن الضرر الذي أسبب التعاقد الآخر من جراء إبرام اتفاق تحكيم باطل<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم، فإننا نرى مع الرأي الراجح - في نظرنا - في الفقه<sup>(٢)</sup> أن قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في الاتفاق على

---

(١) راجع في نفس المعنى:

Mayer (P.), La Neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État, *clunet*, 1986, P. 57, No. 73 - 74.

(٢) راجع على وجه الخصوص:

Motulsky (M.), L'internationalisation du droit Français de l'arbitrage, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Op. Cit., P. 322; *Rev. Arb.*, 1963, P. 113.

وراجع أيضاً:

Loussouarn (Y.), L'État commerçant et la compétence juridictionnelle internationale, *Mélanges offerts à Kollewijn et offerhaus*, 1962, PP. 322 - 323; Mayer (P.), La Neutralisation du pouvoir ..., Op. Cit., P. 53, No. 69; Audit (B.), L'arbitrage transnational et les contrats -



التحكيم تعد من مسائل الأهلية. ومن المسلم به، وفقا للاتجاه السائد، خضوع الأهلية للقانون الشخصي. ولكن السؤال الذي يثور هو ماذا يقصد بالقانون الشخصي للدولة والأشخاص المعنوية العامة؟

بالنسبة للدولة، لا تثار مشكلة تحديد المقصود بالقانون الشخصي واجب التطبيق؛ لأن هذا القانون هو دائما قانونها الداخلي. وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة. فالقانون الشخصي هو قانون الدولة التابعين لها؛ وذلك لأن الشخص المعنوي العام لا يحوز فقط جنسية هذه الدولة، وإنما يعد أحد الأجهزة المنبثقة عن الدولة، فالدولة هي التي تتولى إنشاءه وتسام في رأساله بجزء من أموالها، وتمارس رقابة على أنشطته. إذن يكون من الطبيعي أن قانون هذه الدولة هو الذي يحكم هذا الشخص العام ويحدد أهليته<sup>(١)</sup>. وبالإضافة إلى هذا، فإن الأخذ بأى من المعيارين الذين يتحدد بهما القانون الشخصي للأشخاص المعنوية وهما: معيار محل التأسيس ومعيار مركز الإدارة سيفضى حتما إلى تطبيق هذا القانون، وذلك لأن محل

- 
- d'État: Bilan et perspectives, Academie de droit international de la Haye, centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, 1987. P. 38 etS.

(١) راجع في ذلك:

Riad (F.), L'entreprise publique et semi - publique en droit international privé, recueil des cours, 1963, P. 631.; Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CI, dr. int., Fasc. 586-3. No. 9.; Mayer (P.), La neutralisation du pouvoir ..., Op Cit., PP. 53 - 54, No. 69.; Lalive (P.), Ordre public transnational (ou réèlement international) et arbitrage international, Rev. Arb., 1986, P. 344, No. 39.; L'influence des clauses arbitrales Op. Cit., P. 573.; Audit (B.), Op. Cit., PP. 39 - 40.; Foussard (D.), L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb., 1990, P. 11.

وأيضا: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاس، المرجع السابق، ص ١٠٠ - ١٠١.

تأسيس الشخص المعنوي العام لا يكون إلا في الدولة التابع لها، فمن غير المتصور أن تنشئ الدولة شخصا عاما على إقليم دولة أخرى.

وكذلك الأمر بالنسبة لقر أو مركز إدارة الشخص العام، فلا يمكن أن يوجد أى منهما إلا على إقليم الدولة التى أنشأته وترقب نشاطه. وبهذا فإن القانون الشخصى للشخص العام لا يكون سوى قانون الدولة التابع لها<sup>(١)</sup>.

ولكن تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة أو الأشخاص العامة التابعة لها، على أهليتها فى إبرام اتفاق التحكيم، قد يعرض المتعاقد الآخر لبعض المخاطر. فالدولة التى يحظر عليها قانونها الداخلى اللجوء إلى التحكيم يمكنها التمسك بهذا الحظر من أجل التخلص من اتفاق التحكيم الذى سبق وأن أبرمته<sup>(٢)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن هذا الحل يطلق سعة اتفاق التحكيم على مضمون القانون الداخلى السارى وقت توقيع الدولة أو الشخص العام على اتفاق التحكيم. والدولة بإمكانها تعديل قانونها فى وقت لاحق، وبالتالي فإن من شأن تطبيق القانون الداخلى أن يمكن الدولة بأن تتنازل بإرادتها المنفردة عن التزامها باللجوء إلى التحكيم<sup>(٣)</sup>.

ومن أجل تفادى النتائج غير المقبولة التى يمكن أن تترتب على تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة أو الأشخاص العامة التابعة لها، قدم الفقه اقتراحات متعددة.

فقد أثير التنازل بداءة حول إمكانية إسناد أهلية الدولة المتعاقدة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم، إلى القانون واجب التطبيق على المقعد، أى قانون الإرادة المستقلة أو القانون الاحتياطى له، وذلك على غرار

(١) انظر:

Riad (F.), *L'entreprise publique* .... Op. Cit., P. 631.

(٢) انظر:

Goldman (B.), *Arbitrage* .... Op. Cit., J-cl. dr. int., Fasc. 586-3, No. 9.

Mezghani (A.), Op. Cit., P. 575.

(٣) انظر:

ما قضت به بعض الأحكام القضائية الفرنسية قبل حكم Galakis. ولكن هنا الحل قد تعرض لانتقادات شديدة من قبل الفقه الفرنسي على نحو ما سنرى عند بيان موقف القضاء الفرنسي.

ويكفى هنا القول بأنه من غير المنطقي خضوع أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم إلى قانون دولة أجنبية. فهذا الأخير لا يتناول بالتنظيم سوى أهلية الدولة الصادر عنها، ولا يتعرض لأهلية الدول الأخرى والأشخاص العامة التابعة لها. كما أن إسناد أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها للتحكيم إلى القانون الذي يحكم العقد الأصلي قد يؤدي إلى إختلاف في الحلول حسب مضمون هذا القانون وما إذا كان يعترف أم لا للدولة والأشخاص العامة بأهلية الاتفاق على التحكيم. ومن ثم فإن الدولة الواحدة قد تكون أو لا تكون ملزمة باتفاق التحكيم حسب ما إذا كان القانون الذي يحكم العقد يعجز أو لا يعجز للدولة وللأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم<sup>(١)</sup>. وبناء على ذلك، يستبعد الفقه إمكانية تطبيق القانون واجب التطبيق على العقد على أهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم.

وقد ذهب رأى في الفقه<sup>(٢)</sup> إلى الأخذ، في مجال أهلية الدولة

(١) انظر في ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage .., Op. Cit., J-Cl., dr. int., Fasc. 586-3, No. 10

ويمكن أن نذكر في هذا الاتجاه:

Mayer (P.), La Neutralisation du Pouvoir ....., Op. Cit., P. 53, No. 89.; Foussard (D.), Op. Cit., P. 11.; Mezghani (A.), Op. Cit., P. 575.; Audit (B.), Op. Cit., P. 39.

وراجع في الفقه المصري: د. عاصم الدين القصبي، خصوصية التحكيم، ١٠٠٠، المرجع السابق، ص ٢٨ ومابعدها، بند ١٨ - ١٩.

(٢) انظر:

Motulsky (H.), La capacité de l'État Français de compromettre en matière internationale, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Op. Cit., P. 368.

ويمكن أن نذكر في نفس المعنى:

Lalive (P.), L'influence des clauses arbitrales, Op. Cit., P. 573.

والأشخاص العامة للتحكيم، بقضاء ليزاردى والذي مفاده عدم الاعتداد بنقص الأهلية المقرر. فى القانون الشخصى واجب التطبيق على أهلية أحد الأطراف، مادام أن الطرف الآخر كان حسن النية، وكان ممنوعاً فى جهله بنقص أهلية الشخص المتعاقد معه. وبناء عليه، فإذا كان قانون الدولة المتعاقدة أو الشخص العام التابع لها، يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجب عدم الاعتداد بهذا الحظر، حماية للطرف الأجنبى المتعاقد معها حسن النية، والذي اعتقد بمجرد توقيع الممثل القانونى للدولة أو الشخص العام على اتفاق التحكيم، بأن للدولة المتعاقدة أو الشخص العام المتعاقد الأهلية لإبرام مثل هذا الاتفاق وفقاً لقانونها الوطنى.

ولكن هذا رأى كان محلًا للنقد. فمن ناحية من المعروف أنه يشترط لتطبيق قضاء ليزاردى أن يكون الشخص المتعاقد ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الشخصى، كامل الأهلية وفقاً لقانون القاضى. فإذا كانت المشكلة معروضة على قاض أجنبى، فهل من المقبول أن يحكم قانون دولته أهلية دولة أخرى أو شخص عام ليس تابعاً لها<sup>(١)</sup>. أما إذا ثارت المشكلة أمام المحكم، فإن هذا الحل يتخذ الأخذ به، لأن المحكم ليس له كالقاضى الوطنى ما يعرف بقانون القاضى Lex fori. ومن ناحية أخرى فإنه من الصعب التسك بحسن نية الطرف الآخر، وذلك لأن هذا الأخير، غالباً ما يكون من الشركات الكبرى، لا يقدم على إبرام عقود مع الدولة والأشخاص العامة إلا بعد دراسة متأنية، من قبل مستشاريه، لقوانين هذه الدولة<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهب رأى ثانٍ<sup>(٣)</sup> إلى أنه، من أجل علاج الصعوبات الناجمة

(١) فى نفس البنى راجع:

Mayer (P.), La Neutralisation du Pouvoir... Op. Cit., P. 56, No. 72.

(٢) فى نفس البنى راجع: عمام الدين التميمي، خصوصية التحكيم ..... المرجع السابق.

ص ٤٦، بند ٢٢.

El-Gohary (M.), Op. Cit., P. 168, No. 180.

(٣) انظر:

عن عدم صلاحية الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الدولية. يجب الرجوع إلى مصدر هذه الصعوبات. إن هذه الصعوبات تكمن في عدم كفاية القواعد القانونية الداخلية سواء الموضوعية أو قواعد الاستناد، وأن استقلال التحكيم التجاري الدولي عن القواعد الوطنية التي تبدو غير كافية وصياغة نظام قانوني دولي مستقل قادر على أن يحكم العقود الدولية والتحكيم في هذا المجال. وخضوع كل منهم لعادات التجارة الدولية. يبدو أنه الحل المناسب للصعوبات الناجمة عن عدم صلاحية الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم.

ويقترّب من هذا الرأي ذلك الذي يرى استبعاد تنازع القوانين في هذا الصدد. وأن الحل الوحيد هو أن نطبق على صلاحية الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم، قاعدة موضوعية موحدة، ومستقلة عن قانون الدولة المعنية وعن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، تقرر أهمية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي<sup>(١)</sup>.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يثور هو هل توجد هذه القاعدة فعلاً؟

لقد أكد جانب من الفقهاء<sup>(٢)</sup> على وجود قاعدة عرفية من قواعد

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-3, No. 11.; Loussouarn (Y.), L'État commerçant et ... Op. Cit., P. 323.

(٢) انظر:

Derains (Y.), Le statut des usages ..., Op. Cit., P. 144 et SS.; Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-3, No. 18.; La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, ciunet, 1979, P. 498, No. 40.

وفي نفس الاتجاه انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 101, No. 175.; Audit (B.), ... Op. Cit., P. 40.; Lalive (P.),

قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria مقتضاها الاعتراف للدولة والأشخاص العامة بالقدرة على الاتفاق على التحكيم. وإن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام الدولي، بحيث أنه لا يجوز للدولة والأشخاص العامة الاحتجاج بالحظر المنصوص عليه في قانونها الداخلي أو بالتقيود المفروضة على أهليتها في اللجوء إلى التحكيم.

ويرى هؤلاء أن هذا الاتجاه هو السائد لدى المحكمين، حيث أنهم - أي المحكمين - يعتبرون هذه القاعدة من النظام العام الدولي ويمكن بها، دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون وطني أو اتفاقية دولية تجيز لهم ذلك، من أجل استبعاد النصوص المخالفة في القانون الذي يرون أنه واجب التطبيق من حيث المبدأ.

وقد برر البعض منهم<sup>(١)</sup> رفض المحكمين للحظر أو التقيود المفروضة على أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم المنصوص عليها في القانون واجب التطبيق، على أساس باعث ذي طبيعة مزدوجة، فمن ناحية أن هناك سبب أخلاقي Une Raison Morale يمنع الدولة أو الشخص العام بعد توقيعه على اتفاق التحكيم من التمسك بانعدام أو نقص أهليته المقرر في القانون الوطني واجب التطبيق عليه. ومن ناحية ثانية، فإن تمسك الدولة أو الشخص بانعدام أو نقص أهليته، وفقاً للقانون الوطني، من شأنه أن يهدم الثقة اللازمة في التعامل التجاري الدولي - خصوصاً مع الدولة - وبالتالي الإضرار بالمصالح العامة للدولة ذاتها باعتبارها القائمة بعمليات التجارة الدولية.

---

- ordre public transnational ... Op. Cit., P. 344, No. 39; Raymond (C.), Souveraineté de l'État ... Op. Cit., P. 534 etSS; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 264 etSS.

(١) انظر:

Lalive (P.), ordre public transnational ... Op. Cit., P. 344, No. 40.

فى المقابل. ذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى التشكيك فى وجود هذه القاعدة المدعى بها فى قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria. وقد تساءلوا عن الأساس الذى يمكن للمحكم الاستناد عليه لكى يقرر أن الكيفية التى تحددها دولة ما لأجهزتها فى ممارسة التجارة الدولية غير مقبولة. ولا يتعين احترامها. ثم أجابوا على هذا التساؤل بالقول أن قانون التجارة الدولية. على فرض وجوده. لا يمكنه التدخل فى التنظيم الداخلى للدول. وأنه من الخداع القول بأن المحكم - باعتبار أنه هو الذى ينشئ القاعدة التى يدعى وجودها - يجهل فى هذا الصدد سيادة الدولة.

والى جانب ذلك، يشكك هؤلاء فى وجود قضاء تحكيمى حقيقى فى هذا الخصوص. ويرون أن أحكام التحكيم التى إستند إليها أنصار هذا الاتجاه لم تتضمن أى إشارة إلى النظام العام أو قانون التجارة الدولية. فيما عدا حكما واحدا يعد فريدا من نوعه. هو الحكم الصادر فى القضية ٢٥٢١. من غرفة التجارة الدولية فى عام ١٩٧٦.

وذهب هؤلاء<sup>(٢)</sup> إلى أن منع الدولة أو الشخص العام من التمسك ببطلاق اتفاق التحكيم لانعدام أو نقص أهليته لإبرام هذا الاتفاق المقرر فى القانون الداخلى واجب التطبيق. هو الذى يحىى بفعلية الطرف الخاص الأجنبى. وتمسكوا فى هذا الصدد بما يسمى ببدأ الاستoppel. L'estoppel. والذى مفاده ليس من حق أحد الأطراف أن يعارض فى قضية معينة موقفا اتخذته فى وقت سابق. ووضع فيه الفير ثقته المشروعة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر:

Mayer (P.), La Neutralisation du pouvoir ..., Op. Cit., P. 55. No. 71.

Ibid, PP. 57 - 58, No. 74 - 75.

(٢) انظر:

(٣) وقد عرف صاحب هذا الرأى مبدأ الاستoppel بأنه:

«Consiste à refuser à une partie le droit de contredire dans un procès une Position qu'elle avait prise antérieurement et dans laquelle les liers avaient placé leur légitime confiance». Ibid, P. 46.

فعلى سبيل المثال، عندما تبرم إحدى الدول عقداً يتروليا مع إحدى الشركات الأجنبية الخاصة العاملة فى هذا المجال، وتتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم، فإنه لا يجوز لهذه الدولة - بناءً على مبدأ الأستويل - أن تتمسك فى وقت لاحق ببطان اتفاق التحكيم الذى قبلته بحجة أن قانونها الداخلى يحظر عليها أو يفرض على أهليتها قيودا فى الاتفاق على التحكيم، وذلك حماية للشركة الأجنبية التى اعتقدت، بمجرد توقيع الدولة على اتفاق التحكيم، أن لهذه الدولة أهلية اللجوء إلى التحكيم، والثى ربما ما كانت لتقبل التعاقد مع هذه الدولة لو كانت تعلم بانعدام أو نقص أهليتها فى إبرام اتفاق تحكيم.

خلاصة القول أن هناك اتفاقا بين الفقهاء على أن قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها على الاتفاق على التحكيم فى عقودها المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع لقانونها الوطنى. وذلك على الرغم من وجود اختلاف بينهم بشأن تكييفها.

كما أن هناك اتفاقا بينهم على أنه لا يجوز للدولة والأشخاص العامة أن تحتج بانعدام أهليتها أو نقصانها المقرر فى قانونها الوطنى واجب التطبيق من أجل إبطال اتفاق التحكيم الذى سبق أن وافقت عليه، وذلك على الرغم من وجود اختلاف فيما بينهم حول الأسس التى يستندون عليها.

#### رابعا: موقف القضاء الوطنى:

لقد تعرض القضاء الفرنسى لمشكلة مدى قدرة الدولة والأشخاص المعنوية العامة فى الاتفاق على التحكيم. وقد ثار التساؤل عما إذا كان حظر الدولة والأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليه فى المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى يسرى أيضا على المعاملات الدولية الخاصة.

استمر القضاء الفرنسى، فى يادى الأمر، فى تأكيد على بطلان اتفاق التحكيم الذى يكون أحد أطرافه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية



العامة، وذلك بالاستناد على نص المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإحشاء  
المدنية الفرنسي القديم<sup>(١)</sup>.

بيد أن اتجاهها حديثاً قد ظهر في القضاء الفرنسي نحو تنسـ  
الحظر على العلاقات الداخلية وحدها، وعدم تطبيقه عندما تكون الدولة أو  
الشخص العام طرفاً في عقد من العقود ذات الطابع الدولي. ولقد سجلت  
نقطة بداية هذا الاتجاه، محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في  
قضية Myrtoon Steamship في ١٠ أبريل لسنة ١٩٥٧<sup>(٢)</sup>، حيث أكدت  
المحكمة ولأول مرة أن «حظر الاتجاه إلى التحكيم المفروض على الدولة  
والأشخاص العامة قاصر على عقود القانون الداخلي، ولا يطبق على العقود  
ذات الطابع الدولي ... كما أن هذا الحظر ليس من النظام العام الدولي». <sup>١٠٠</sup>  
وبالإضافة إلى ذلك، استندت المحكمة إلى أن «القانون واجب التطبيق على  
العقد، وهو القانون الإنجليزي، لا يتضمن النص على مثل هذا الحظر». <sup>١٠٠</sup>  
ومن أجل الوصول إلى هذه النتيجة، بدأت المحكمة بالتأكد على أن العقد  
موضوع النزاع من العقود ذات الطابع الدولي وذلك لتعلقه بمسائل التجارة  
الدولية. ومن ثم فإن حظر التحكيم لا يرى على هذا العقد، لأن هذا

(١) راجع في ذلك:

Motulsky (H.), L'arbitrage commercial et ..... Op. Cit., P.  
39.; Zahi (A.), Op. Cit., P. 44.; El-Gohary (M.), Op. Cit.,  
P. 144, No. 106.

وراجع أيضاً د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١١٦.

(٢) راجع هنا الحكم منشور في: Clunet 1958, P. 1002. Note. Goldman  
وفي التعليق عليه لـ

Motulsky (H.), *Étude sur l'arbitrage international*, Op. Cit., P.  
355 et SS

وراجع أيضاً:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial international, Op.  
Cit., PP. 93 - 101, No. 167 - 175.

ولينا: د. عاصم الدين القيسي، خصوصية التحكيم ..... المرجع السابق، ص ١٠

الحظر وإن كان يتعلق بالنظام العام، فإن المقصود هو النظام العام الداخلي وليس النظام العام بالمفهوم الدولي.

ثم أكدت المحكمة على أن هذا المقد من عقود القانون الخاص وليس من عقود القانون العام. مستندة في ذلك على أن المقد لا يتعلق بتنفيذ مرفق عام، ولا يتضمن أى شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. كما أن إدراج شرط التحكيم في العقد يدل على اتجاه إرادة الأطراف في وضع عقدهم في إطار القانون الخاص. وبالتالي يجوز للأطراف إخضاع المقد لقانون أجنبي، ولا يجوز الاحتجاج بأن وجود الدولة الفرنسية طرفاً في المقد من شأنه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي.

وقد ردت المحكمة أن القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق على المقد، مستندة في ذلك على العديد من النوايل منها أن المقد قد أبرم في لندن، وأن العملة هي الجنيه الأسترليني. كما أن الأطراف قد اتفقوا على إجراء التحكيم في لندن. وانتهت المحكمة إلى أن شرط التحكيم يعد صحيحاً مادام أن القانون واجب التطبيق على المقد، وهو القانون الإنجليزي. لا يتضمن مثل هذا الحظر. وهكذا اعتبرت المحكمة أن قدرة الدولة والأشخاص العامة على اللجوء إلى التحكيم من المسائل التعاقدية. وبالتالي تخضع للقانون واجب التطبيق على المقد.

وقد أكدت محكمة استئناف باريس نفس المبدأ في حكمها الصادر في ٢١ فبراير سنة ١٩٦١ (١)، وذلك بقولها «أن الحظر المفروض على الدولة بعدم اللجوء إلى التحكيم ليس من النظام العام الدولي. وأن المقد موضوع النزاع يعد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي. وبالتالي يجوز للأطراف إخضاعه لقانون أجنبي. وأن القانون واجب التطبيق - وهو القانون الإنجليزي - لا يتضمن مثل هذا الحظر».

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ما قرره محكمة استئناف

باريس - في حكمها سابقى الذكر - وذلك في حكمها الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٦٤ في قضية سان كارلو "San Carlo" (١). حيث قضت المحكمة بأنه «إذا كان الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم بموجب المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية يعتبر من النظام العام الداخلى. فإنه لا يعتبر من النظام العام الدولى ولا يقف عقبة في أن تخضع المؤسسة العامة. كأي متعاقد آخر. للعقد الذى تبرمه إلى قانون أجنبى يقرر صحة شرط التحكيم. وذلك مادام أن العقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى». ثم أضافت «أن الحظر المفروض على الدولة والمؤسسات العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم. إلا في أحوال خاصة. لا يثير مسألة الأهلية بالمعنى الوارد في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدنى».

وانتهت المحكمة إلى أنه «.....» وحيث أن محكمة الاستئناف قد فصلت قطعاً فيما إذا كان الحظر العام المنصوص عليه بالنسبة للمعقود الوطنية يجب أن يطبق أينما بالنسبة لمعقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى المبرمة لحاجات التجارة الدولية وفي الشروط المطابقة لعادات التجارة البحرية. وحيث أن محكمة الاستئناف قد قررت - وبحق - أن هذه المسألة تخضع لقانون العقد وليس للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة. فإن الحكم المطعون فيه لم يخالف النصوص المذكورة وتكون المحكمة قد بررت حكمها».

وهكذا نجد أن محكمة النقض في هذا الحكم قد تسكت بنفس الحجج التى سبق وأن تسكت بها محكمة استئناف باريس. وهى أن الحظر المنصوص عليه في المادتين ٨٢، ١٠٠ من قانون الإجراءات المدنية لا يعد من النظام العام بالمفهوم الدولى. وأنه قاصر على عقود القانون الداخلى ولا يطبق على المعقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة أو الأشخاص العامة طرفاً فيها مادام أن العقد من عقود القانون الخاص.

(١) انظر من هذا الحكم منشور في: Clunet, 1965, P. 646, Note Goldman

ولكن الجديد في هذا الحكم أن محكمة التفض قد قررت مراعاة أن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة من اللجوء للتحكيم لا يعد من مسائل الأهلية ومن ثم لا تخضع للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة، وإنما من المسائل التعاقدية وبالتالي تخضع لقانون العقد.

بيد أن الأساس الذي استندت عليه محكمة الاستئناف، ومن بعدها محكمة التفض، كان محل انتقادات عديدة وخصوصاً فيما يتعلق بتطبيق القانون الذي يحكم العقد على أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم. فمن ناحية لقد خلط هذا القضاء بين القانون واجب التطبيق على العقد والقانون واجب تطبيقه على اتفاق التحكيم. فوفقاً لبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. من الجائز إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي. وحتى لو فرض جدلاً أن القانون الذي يحكم العقد هو ذاته القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإن هذا القانون لا يحكم أهلية الدولة والأشخاص العامة. لأنه من السلم به في القانون الدولي الخاص أن الأهلية تخضع للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن إسناد أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم إلى القانون واجب التطبيق على العقد يسلم باعتراسين: أحدهما نظري ويمثل في صعوبة قبول أن تخضع أهلية الدولة ذات السيادة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها لقانون أجنبي. ومن ثم يجب أن تخضع بالضرورة لقانون الدولة نفسها<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في ذلك:

El - Gohary (M.), Op. Cit., PP. 162 - 164, No. 175 - 176.

وفي نفس المبنى انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 95 - 96, No. 170.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 97.; Loussouarin (Y), et Bredin (J-D.), Op. Cit., P. 96, No. 83.; Vergopoulos - Michail (A.), Op. Cit., PP. 73 - 74.; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 479, No. 684.; Zahi (A.), Op. Cit., P. 60.

وثانيهما على ويتمثل في أن القانون الأجنبي لا يتعرض لأهلية الدول الأخرى في اللجوء للتحكيم. غير الدولة الصادر عنها. فعلى سبيل المثال لو أن القانون الإنجليزي يقرر صحة شرط التحكيم الموقع من المملكة المتحدة. فإنه لا يمكن أن يفصل في صحة هذا الشرط عندما توقعه دولة أخرى غير بريطانيا<sup>(١)</sup>.

وأخيرا يمكن القول بأن إخضاع أهلية الدولة والأشخاص العامة للقانون واجب التطبيق على المقد قد يترتب عليه اختلاف في الحلول حسب مضمون. هذا القانون فالدولة الواحدة قد يجوز أو لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم حسب ما إذا كان هذا القانون يجيز أو يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وعلى أية حال، لقد تفادت محكمة النقض هذه الانتقادات. وعدلت من مسارها وذلك في حكمها الصادر في ٢ مايو لسنة ١٩٦٦ في قضية Galakis<sup>(٣)</sup>. فقد قضت المحكمة في هذا الحكم بأنه «وحيث أن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة بعدم اللجوء للتحكيم والنسوس عليه في المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لا يشير

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 79.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 80 - 81; Règles de conflits, ... Op. Cit., P. 132.; Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc. 585-3, No. 10; El Gohary (M.), Op. Cit., P. 187, No. 196.

(٣) انظر الحكم منشور في:

Rev. Arb., 1966, P. 99; Clunet. 1966, P. 648, Note. P. level.

وفي التعليق عليه انظر:

Carabiber (Ch.), Chronique sur un arrêt, Rev. Arb., 1966, P. 93.

مسألة الأهمية بالمعنى الوارد في المادة الثالثة من القانون المدني. وأن محكمة الاستئناف قد فصلت فقط فيما إذا كانت هذه القاعدة، المنصوص عليها بالنسبة للعقود الداخلية، يجب أن تطبق أيضا على عقد دولي مبرم لحاجات التجارة الدولية وفي الشروط المطابقة لعاداتها. وأن الحكم المطعون فيه قرر أن الحظر المذكور غير قابل للتطبيق على هذا العقد. وأعلن بالتالي صحة شرط التحكيم الموقع من الشخص المعنوي العام، فإن محكمة الاستئناف تكون قد بررت حكمها».

وكما هو واضح من الحكم، فإن محكمة النقض قد أكدت على أن الحظر المنصوص عليه في المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية لا يشير مسألة الأهمية. وهو ما سبق أن قرره في قضية سان كارلو. كما أكدت على أن هذا الحظر قاصر فقط على عقود القانون الداخلي. ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولي المبرمة لحاجات التجارة الدولية وفي الشروط المطابقة لعاداتها والتي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها. وهو ما سبق أن قرره محكمة الاستئناف وكذلك نفس المحكمة على نحو ما رأينا.

ولكن الجديد في هذا الحكم، أن المحكمة، في سبيل تقريرها صحة اتفاق التحكيم الموقع من الدولة والأشخاص العامة، اكتفت بالتأكيد على أن العقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي ويتعلق بالتجارة الدولية. دون أن تستند في ذلك إلى القانون واجب التطبيق على العقد. أو أي قانون وطني آخر. وبعبارة أخرى، فإن المحكمة لم تتبع أسلوب تنازع القوانين لتحديد القانون الذي يحكم قدرة الأشخاص العامة على الاتفاق على التحكيم. وإنما لجأت إلى تقرير قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة والأشخاص العامة في معاملاتها الدولية الخاصة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في نفس المعنى:

Bourdin (R.), Op. Cit., P. 19. Goldman (B.), Règles de conflit, .... Op. Cit., P. 132 - 134. Arbitrage .... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 16. Dehaussy (J.), Op. Cit., P. 156, -

بيد أنه يعاب على هذا القضاء - في نظرنا - إصراره على التأكيد بأن هذا الحظر لا يشير مسألة الأهلية. فمن ناحية. إذا لم يكن هذا الحظر يشير مسألة الأهلية. فبماذا يمكن وصف هذا الحظر؟ وهل يمكن اعتباره من المسائل التعاقدية أم من مسائل السلطة والاختصاص؟ هذا ما سكت محكمة النقض في الإجابة عليه.

ومن ناحية أخرى، إن محكمة النقض. وقد قررت أن هذا الحظر قاصر على عقود القانون الداخلي ولا يطبق على عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي. فإنها لم تكن بحاجة إلى التأكيد على أن هذا الحظر لا يشير مسألة الأهلية. ولبيان ذلك نقول أن الهدف الذي سمت محكمة النقض إلى تحقيقه من وراء القول بأن هذا الحظر لا يشير مسألة الأهلية هو تقرير صحة اتفاق التحكيم وفعاليته في هذا المجال. وتفادي النتائج غير المعقولة التي تترتب على خضوع قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم للقانون الوطني. إن هذا الهدف يمكن بلوغه بمجرد تقرير أن هذا الحظر قاصر على عقود القانون الداخلي ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفاً فيها. دون حاجة إلى التأكيد على أن هذا الحظر لا يشير مسألة الأهلية. بل يمكن القول بأن هذا الهدف يمكن تحقيقه حتى مع القول بأن هذا الحظر يشير مسألة الأهلية. لأنه حتى ولو افترضنا أن هذا الحظر يشير مسألة الأهلية. وأن الأهلية تخضع للقانون الشخصي. وهو القانون الفرنسي في هذه القضية. مع ذلك فإن شرط التحكيم الموقع من الدولة والأشخاص العامة يصدد عند من العقود ذات الطابع الدولي يفلت من هذا الحظر المنصوص عليه في القانون الوطني واجب التطبيق. وذلك لأن هذا الحظر قاصر قطعاً على

---

• No. 171.; Robert et Moreau, Op. Cit., P. 5, No. 52.; Zahi (A.), Op. Cit., PP. 61 - 62.; Leducq (X.), Op. Cit., PP. 381 - 382, No. 369.

ونظر أيضاً: د. عام الدين القسي. حوسبة التحكيم ..... المرجع السابق. ص ٢٦ ومبعضها.

عقود القانون الداخلي ولا يطبق على عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفاً فيها<sup>(١)</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> أن هذه القاعدة - التي قررتها محكمة النقض - قاعدة دولية من قواعد قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria، فرضتها وأملت ضرورات ومصالح التجارة الدولية. كما يرى جانب آخر<sup>(٣)</sup> أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام الدولي، بحيث أنه يمكن بموجبها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق الذي يحظر على الدولة الأجنبية أو الأشخاص العامة الأجنبية اللجوء إلى التحكيم.

وقد أخذت محكمة استئناف باريس بوجهة النظر هذه، في حكمها الصادر في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩١<sup>(٤)</sup> في القضية التي ثارت بين الشركة الوطنية الإيرانية (السماء نيوك Nioc) والشركة الدولية البانامية Gatoil. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن نزاعاً ثار بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (شركة عامة) والشركة الدولية البانامية Gatoil، وذلك بمناسبة

---

(١) انظر في نفس المعنى:

El - Gohary (M.), Op. Cit., PP. 179 - 182, No. 190.

El - Gohary (M.), Op.Cit., P. 162, No. 174. انظر:

وفي نفس الاتجاه:

Derains (Y.), Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb., 1973, P. 144.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 101.; Raymond (C.), Souveraineté de l'État, ... Op. Cit., PP. 531 - 532.

(٢) انظر في ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc. 586-3, No. 18.

(٣) انظر هنا الحكم منشور في:

Rev. Arb. 1993, P. 281, etS., Note H. Synvet.



تنفيذ العقود المبرمة بينهما في عامي ١٩٨٠، ١٩٨١. وقررت الشركة الإيرانية اللجوء إلى التحكيم. وتقدمت بالفعل في ٢٠ أغسطس سنة ١٩٨٤ بطلب للتحكيم إلى غرفة التجارة الدولية بباريس. وذلك وفقاً لشروط التحكيم الواردة في العقود المبرمة بينهما. ولكن الشركة Gatoil تمسكت بعدم اختصاص المحكمين بإعلان شرط التحكيم إستناداً إلى أن الشركة الإيرانية لا أفضلية لها ولا سلطة في اللجوء إلى التحكيم. حيث أن المادة ١٢٩ من الدستور الإيراني تستلزم الحصول على ترخيص بذلك من مجلس الوزراء وتصادق البرلمان الإيراني على اللجوء إلى التحكيم، وهو ما لم تحصل عليه الشركة الإيرانية (نيوك).

بيد أن محكمة التحكيم أصدرت حكماً جزئياً - غير فاصل في الموضوع - في ١٦ يونيو ١٩٨٩ قررت فيه أن نيوك ليست في حاجة إلى إذن خاص للإلتجاء إلى التحكيم. وطعن شركة Gatoil في هذا الحكم بالإعلان مستندة إلى نفس الحجة التي سبق وأن تمسكت بها أمام المحكمين. بينما طالبت الشركة الإيرانية برفض الطعن مستندة بسفاهة أساسية على مبدأ استقلال شرط التحكيم. الذي يؤكد صحة هذا الشرط بالنسبة للشخص المعنوي.

ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس قضت برفض الطعن المقدم من الشركة Gatoil. وأكدت على صحة شرط التحكيم الموقع من الشركة الإيرانية (نيوك). واستندت المحكمة في ذلك إلى مايلي:

١ - إن مبدأ استقلال شرط التحكيم في المعاملات الدولية ذو تطبيق عام وشامل. وأنه يعد قاعدة موضوعية دولية تقرر صحة اتفاق التحكيم. وذلك استقلالا عن الاستناد إلى أي قانون وطني. وبناء عليه فإن تقرير صحة اتفاق التحكيم يتم فقط بالنظر إلى مقتنيات النظام العام الدولي.

٢ - إن العقود موضوع النزاع عقودا دولية مبرمة لحاجات التجارة الدولية وفي الشروط المطابقة لعاداتها. ومن ثم يكون اتفاق التحكيم مطابقا للنظام العام الدولي.

٣ - إن النظام العام الدولي يحظر على الشركة الإيرانية (نيوك) الإحتجاج بالنصوص المقيدة في قانونها الوطني للتخلص من التحكيم الذي سبق وأن ارتضته. ومن باب أولى فإنه لا يجوز للشركة Gato المنازعة في أهلية وسلطات الشركة الإيرانية (نيوك) بالاستناد إلى نصوص القانون الإيراني. وذلك لأن النظام العام الدولي ليس هو المقصود بما يفرضه القانون من قيود في النظام الداخلي.

وبمبكتنا أن نبدي على هذا الحكم الملحوظتين الآتيتين:

أ - إن هذا الحكم قد أعطى لبدأ استقلال شرط التحكيم في المعاملات الدولية مفهوما جديدا. فليس المقصود به هنا استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثيره بما قد يلحق هذا الأخير من انعدام صحة أو بطلان، أو استقلاله تجاه كل قانون وطني على النحو الذي سبق ولأخذ به القضاء الفرنسي. وإنما أصبح قاعدة موضوعية دولية تقرر صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية التي تكون الدولة والأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها.

ب - إن الحكم لم يستند في معرض تأكيده على صحة شرط التحكيم على أن التقييد المنصوص عليه في القانون الإيراني لا يشير مسألة الأهلية. كما فطنت ذلك محكمة النقض في قضية Galakis. بل على العكس يبدو أن محكمة الاستئناف قد اعترفت ضمنا بأن قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم تعد من مسائل الأهلية. وذلك عندما قررت من الشركة Gato لا يجوز لها تأسيس منازعتها في أهلية وسلطات الشركة الإيرانية (نيوك) على نصوص القانون الإيراني «...».

الخلاصة: أن القضاء الفرنسي قد استقر على أن الحظر المفروض

على الدولة والأشخاص المعنوية العامة بعدم اللجوء للتحكيم - والمنصوص عليه في القانون الفرنسي - قاصر على عقود القانون الداخلى ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة والأشخاص العامة الفرنسية طرفا فيها.

وقد لجأ القضاء الفرنسى. فى سبيل ذلك، إلى تقرير قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة والأشخاص العامة فى معاملاتها الدولية الخاصة. ولقد اعتبر الفقه والقضاء الفرنسى هذه القاعدة قاعدة موضوعية دولية من قواعد التجارة الدولية. وأنها من النظام عام الدولى بحيث أنه لا يجوز للدولة الأجنبية والأشخاص العامة الأجنبية تحسك بالحظر المفروض عليها فى قانونها الداخلى أو أية قيود يفرضها هذا القانون على أهليتها فى اللجوء إلى التحكيم فى المعاملات الدولية الخاصة. وذلك من أجل التخلص من الالتزام بالخضوع للتحكيم الذى سبق وإن ارتفضته.

#### حامسا: أحكام التحكيم:-

بالاملاذع على العديد من أحكام التحكيم التى صدرت فى المنازعات التى ثارت بين الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها والشركات الخاصة الأجنبية. وذلك بمناسبة العقود ذات الطابع الدولى المبرمة بينهم. نجد أن هذه الأحكام تؤكد - ويدون تحفظ - على أهلية الدولة والأشخاص العامة التمتعة لها فى إبرام اتفاقات التحكيم، والتزامها باحترام هذه الاتفاقات (١). أول حكم تحكيم يمكن أن نذكره فى هذا الخصوص. حكم التحكيم الصادر فى إطار غرفة التجارة الدولية. فى القضية رقم ١٥٢٦. لسنة ١٩٦٨ (٢). بعد أن أكد المحكم فى هذه القضية على أن قانون الدولة المتعاقدة هو

(١) انظر فى نفس النتيجة:

Goldman (B.), Arbitrage ... op. Cit., J-Cl., dr. int., Fasc. 586-3, No. 26.

Clunet, 1974, P. 915

(٢) انظر هذا الحكم منشور فى

واجب التطبيق على قدرة هذه الدولة على الدخول طرفا في اتفاق التحكيم وذلك بقوله «إن توقيع الدولة على شرط التحكيم لا يعنى قبول هذه الدولة تطبيق قانون آخر غير قانونها، لقصد مدى صحة هذا الشرط». نجد أن المحكم قد أكد على أهلية الدولة للتحكيم، مبينا أن «الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى اللجوء إلى التحكيم، والمعروف فى فرنسا وبلجيكا، لا يوجد فى الدول الأخرى، وبصفة خاصة فى هذه الدولة المعنية. وأنه حتى ولو طبقنا على هذه الدولة انعدام الأهلية المقرر فى فرنسا وبلجيكا، فإنه يجب استثناء شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى - كما هو الحال فى القضية الحالية - كما فلت ذلك محكمة النقض الفرنسية فى قضية «Galakis». وأخيرا أوضح المحكم أنه «حتى وإن كانت هناك بعض الشكوك حول صلاحية هذه الدولة للتحكيم، فإن العقد محل النزاع نفسه يزيل هذه الشكوك نهائيا، حيث أن العقد موقع من الوزير الأول ووزير الاقتصاد، أى من السلطة التنفيذية العليا فى هذه البلد. ومن ثم فإن هذا العقد وشرط التحكيم المدرج فيه يؤكدان بوضوح على صلاحية هذه الدولة للتحكيم».

وكما هو واضح من أحكامه، فإن المحكم قد أكد من ناحية على أن القانون واجب التطبيق على أهلية الدولة للتحكيم هو القانون الداخلى لهذه الدولة. ومن ناحية أخرى فإن الحظر المفروض على الدولة فى اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليه فى قانونها الداخلى قاصر على العقود الداخلية ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة طرفا فيها.

بيد أن الأستاذ Derains<sup>(١)</sup> يرى فى هذا الحكم نموجا على وجود قاعدة عرفية من النظام العام الدولى مقتضاها الاعتراف للدولة والأشخاص العامة بالقدرة على اللجوء إلى التحكيم، وأنه إذا كان الحكم قد فحص قدرة الدولة على اللجوء إلى التحكيم فى ضوء قانون الدولة

(١) راجع ملاحظات الأستاذ Derains على هذا الحكم، المرجع السابق الإشارة إليه مباشرة.

المتعاقدة. فليس ذلك لأن هذا القانون هو القانون الشخصي الذي يجب أن يحكم ألفية الدولة للتحكيم، وإنما أراد المحكم أن يستند إلى القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع وإجراءات التحكيم.

وفي حكم التحكيم الصادر في إطار غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٩٢٩ في ٢٢ سبتمبر لسنة ١٩٧١ (١). بعد أن تعامل المحكم الوحيد في هذه القضية - وهو الأستاذ Panchaud - عن صحة شرط التحكيم بالنظر إلى المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية الأثيوبي والتي مفادها عدم جواز أن تكون العقود الإدارية محلا للتحكيم، أجاب المحكم بأنه «إذا كانت هناك بعض التشريعات المستوحاة من التشريع الفرنسي، تحظر على الدولة أو أية هيئة عامة اللجوء إلى التحكيم، فمن المسلم به أن هذا الحظر لا يسرى على العقود الدولية، فما دام أن الأمر يتعلق هنا بقاعدة من النظام العام، فإن هذا الحظر لا يمكن أن يقع إلا في إطار النظام العام الداخلي. فهذا هو الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي. وأنه لا محل لأي تفسير آخر للمادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية الأثيوبي»، ثم أضاف المحكم «أن البيئة العامة عندما تتعاقد مع الأشخاص الأجنبية، وتبرم صراحة شرط تحكيم ينع الثقة في المتعاقد الآخر، فإن مسك البيئة العامة بعد ذلك ببطان هذا الشرط يتعارض وبقوة مع النظام العام الدولي».

وكما هو واضح من هذا الحكم، فإن المحكم قد استند في تقريره صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة إحدى الهيئات العامة على ما قضى به قضاء الفرنسي في هذا الخصوص، حيث أنه قدر أن الحظر المفروض على

(١) راجع في هذا الحكم -

Kassis (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, L.G.D.J., 1984, PP. 491 et SS.; Leboulanger (Ph.), *Op. Cit.*, PP. 264 - 265, No. 460.; Derains (Y.), *Le statut des usages* ..... *Op. Cit.*, PP. 144 - 145.

الدولة والهيئات العامة في اللجوء إلى التحكيم قاصر فقط على عقود القانون الداخلى ولا يسرى على العقود الدولية. وأن هذا الحظر إنما يتعلق بالنظام العام الداخلى ولا يعد من النظام العام الدولى. ثم أضاف المحكم حجة أخرى متضاهة أن الدولة أو الهيئة العامة عندما تبرم عقدا مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية. وتتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم. فإن تمسكها فى وقت لاحق ببطلاق هذا الاتفاق يعد مخالفا للنظام العام الدولى.

ولقد اختلف الفقه حول تفسير هذا الحكم. ففى حين ذهب رأى (١) إلى أن هذا الحكم يعد تأكيدا على وجود نظام عام دولى غير وطنى Anational. فقد ذهب رأى آخر (٢) إلى أنه من غير الممكن أن يفسر حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية Galakis على وجود نظام عام دولى حقيقى يستبعد النظام العام الداخلى. وإنما النظام العام الداخلى هو الذى يتراجع فى مجال العقود الاقتصادية الدولية ليس لصالح نظام عام آخر وإنما لصالح الحرية التعاقدية. ولا يجب أن نفسر هذا الحكم التحكيمى أى تفسير آخر. لأن الحكم لم يفعل سوى تطبيق الأساس الذى استندت عليه محكمة النقض الفرنسية فى حكم Galakis.

ومن أحكام التحكيم المهمة فى هذا الخصوص. حكم التحكيم الصادر فى إطار غرفة التجارة الدولية فى القضية ١٥٢١ فى سنة ١٩٧٥ فى النزاع الذى ثار بين مؤسسة عامة لإحدى الدول الأفريقية وشركة فرنسية (٣). وفى هذه القضية تمسكت المؤسسة العامة بعدم اختصاص المحكم المعين من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بحجة أن نظامها

(١) انظر:

Deraîns (Y.), Le statut des usages .... Op. Cit., P. 144  
et S.; Goldman (B.), Arbitrage .... Op. Cit., J-Cl, dr. Int.,  
Fasc 586-3, No. 18 et 27.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit.,  
PP. 264 - 265, No. 460.

Kassis (A.), Op. Cit., P. 499, No. 781.

(٢) انظر:

(٣) انظر هذا الحكم منشور فى:

Clunet, 1976, P. 997, Obs. Y. Deraîns.

كمؤسسة عامة ينمها من اللجوء إلى التحكيم. وأن هذا النزاع لا يمكن حسمه إلا من قبل المحاكم الوطنية في بلدها. ولكن المحكم في هذه القضية قد أكد على اختصاصه بالفصل في اختصاصه. كما أكد على أهمية المؤسسة العامة في اللجوء إلى التحكيم مستندا في ذلك على أن «قانون الدولة التي تتبعها المؤسسة العامة المتعاقدة لا يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، كما أن هذه المؤسسة لها القدرة على اللجوء إلى التحكيم وفقا لنصوص القانون المنشئ لها». وإلى جانب ذلك أضاف المحكم حجة أخرى قائلا «حتى ولو فرض أن المؤسسة العامة ليست لها القدرة على اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجب اعتبار عدم قدرتها على اللجوء إلى التحكيم غير ذي أثر *inopérante* وذلك لمخالفته للنظام العام الدولي الذي لا يمكن إستبعاده بتطبيق القانون الداخلي لهذه الدولة...». وهكذا. فإن المحكم في هذه القضية بعد أن أبان أن للمؤسسة العامة أهمية التحكيم، وذلك بالتطبيق لقانونها الوطني، استند على حجة أخرى - سبق وأن أخذ بها الحكم السابق مباشرة - مقتضاها أن التسك بانطام الأهلية أو نقسها المقرر في القانون واجب التطبيق يعد مخالفا للنظام العام الدولي، ومن ثم يجب عدم الأخذ به واعتباره كأن لم يكن.

ويمكن أن نذكر في هذا الاتجاه، حكم التحكيم الصادر في إطار عرفة التجارة الدولي في القضية ٤٢٨١، في سنة ١٩٨٦، وذلك في النزاع الذي ثار بين إحدى الشركات الفرنسية ومؤسسة عامة إيرانية<sup>(١)</sup>. وفي هذه القضية، تسكت المؤسسة الإيرانية بعدم اختصاص محكمة التحكيم مستندة في ذلك على ثلاث حجج منها أنها مؤسسة عامة ولا يجوز لها بالتالي إبرام اتفاق تحكيم صحيح بدون الحصول على ترخيص بذلك من الجهات الحكومية المختصة، وفقا للمادة ١٢٩ من الدستور الإيراني.

ولكن محكمة التحكيم، على الرغم من اعترافها بخضوع أهلية

(١) راجع هنا الحكم منشور في:

Clunet, 1986, P. 1102. Obs. Y. Derains.

التحكيم للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة. وهو القانون الإيراني بالنسبة للمؤسسة العامة الإيرانية. رفضت الدفع الذي تمسكت به المؤسسة العامة الإيرانية مبررة ذلك بقولها «حتى وإن كان من غير المستطاع بالنسبة للمؤسسة العامة الإيرانية إبرام اتفاق تحكيم بدون الحصول على ترخيص بذلك من السلطات المختصة وفقا للمادة ١٢٩ من الدستور الإيراني. وأنه من الثابت عدم حصول هذه المؤسسة على هذا الاذن. بيد أنه يجب مراعاة أن هذا العيب الذي لحق باتفاق التحكيم لم يحمل إلى علم الطرف الآخر عند إبرام العقد ... وأنه من المسلم به في القضاء التحكيمي أن تمسك الهيئة العامة ببطان اتفاق التحكيم الذي سبق وأن قبلته. والذي وضع الثقة في المتعاقد الآخر يتعارض مع النظام العام الدولي». وبناء عليه، انتهت محكمة التحكيم إلى أنه «يجب اعتبار عدم القدرة على اللجوء للتحكيم المنصوص عليه في القانون الداخلي الواجب تطبيقه لاغيا أو غير ذي أثر لعدم تطابقه مع النظام العام الدولي، والذي لا يمكن استبعاده بتطبيق القانون الإيراني».

ويمكن أن نذكر في نفس الاتجاه أيضا، حكم التحكيم الصادر في ١٨ نوفمبر لسنة ١٩٨٢ في النزاع الذي ثار بين بلجيكا وإحدى الشركات الألمانية<sup>(١)</sup>. وفي هذه القضية تمسكت بلجيكا بعدم صحة شرط التحكيم استنادا إلى الحظر المنصوص عليه في المادة ٢/١٦٧٦ من قانون القضاء البلجيكي. في المقابل، تمسكت الشركة الألمانية بتطبيق الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي البرمة في جنيف لسنة ١٩٦١، والتي تعد كل من بلجيكا وألمانيا أطرافا فيها، حيث تنص هذه المادة على أن الأشخاص المعنوية العامة لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة.

وبالفعل، لقد رفضت المحكمة الدفع المتسك به من قبل بلجيكا وذلك بالتطبيق للمادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية. كما أوضح المحكم أن أهمية



الدولة للتحكيم تعتبر مبدأ مسلماً به في قانون التحكيم الدولي. وإن التمسك بحظر التحكيم المنصوص عليه في القانون الداخلي يعتبر مخالفاً للنظام العام الدولي.

ويمكن أن نذكر في نفس الاتجاه، حكم التحكيم الصادر في إطار غرفة التجارة الدولية، في ٣٠ أبريل لسنة ١٩٨٢، في النزاع الذي ثار بين الشركات الفرنسية Framatome, Alsthom – Atlantique et SPIE و Batignoles والهيئة الإيرانية للطاقة النووية Atomic Energy Organization of Iran (A.E.O.I.) وذلك بمناسبة العقد المبرم بينهم في ١٨ سبتمبر سنة ١٩٧٧، والتعلق بإنشاء مركز نووي، في إطار الاتفاقيات المبرمة بين الدولتين الفرنسية والإيرانية<sup>(١)</sup>. وفي هذه القضية، تسكت الهيئة الإيرانية بعدم أعليتها لإبرام شرط التحكيم وفقاً للقوانين الإيرانية واجبة التطبيق.

ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع، وبعد أن أكدت على أعلية الهيئة الإيرانية للتحكيم طبقاً للقانون المنشئ لها والصادر في ١١ يوليو ١٩٧٤، أضافت المحكمة «أن هناك مبدأً معترفاً به اليوم عالمياً سواء في العلاقات فيما بين الدول أو العلاقات الدولية الخاصة يحظر على الدولة الإيرانية أن تنكر التزامها بالتحكيم الذي سبق وأن وقعت عليه بنفسها أو بواسطة إحدى الهيئات العامة مثل الهيئة الإيرانية للطاقة النووية...».

وأخيراً، تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أحد أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود البترول، ألا وهو حكم التحكيم

---

(١) انظر الحكم في: Clunet, 1984, P. 58, Spéc. PP. 68 – 74.

وفي التطبيق عليه:

Oppetit (B.). Arbitrage et contrats d'État «L'arbitrage Framatome et autres C/ Atomic Energy organization of Iran». Clunet, 1984, P. 37.

المصدر في كوينهاجن في ١٤ يناير سنة ١٩٨٢ بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ B. Gomard، في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية Elf-Aquitaine والشركة الإيرانية للبترول (نيوك) وذلك بمناسبة عقد البترول المبرم بينهما في ٢٧ أغسطس لسنة ١٩٦٦ (١).

ففي هذه القضية، تمسكت الشركة الإيرانية ببطلان شرط التحكيم مستندة في ذلك على أن القانون الإيراني يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم.

بيد أن المحكم قد رفض الدفع الذي تمسكت به الشركة الإيرانية وأكد على أن «هناك مبدأ عاماً معترفاً به في القانون الدولي يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها التواء في وقت لاحق بإرادتها المنفردة...». ثم أضاف المحكم «أن هذا المبدأ معترف به من جانب اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥، فوفقاً للمادة (٢٥) من هذه الاتفاقية، عندما يتفق الأطراف على التحكيم في إطار الاتفاقية فلا يجوز لأى منهم أن يسحب رضائه بإرادته المنفردة. كما أن هذا المبدأ معترف به من قبل العديد من الفقهاء المتخصصين. كما أخذت به العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية».

وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم قد تأثرت بالاتجاه الذي تبنته أحكام التحكيم. والمثال الذي يمكن أن يذكر في هذا الصدد هو القانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخاص لعام ١٩٨٧. فقد نصت المادة ٢/١٧٧ من هذا القانون على أنه

---

(١) انظر هذا الحكم منشور في:

Rev. Arb., 1984, P. 401, Spéc. PP. 418 - 420, No. 36

- 42.

وراجع في التعليق عليه:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage Elf-Aquitaine iran C/ ..... Op.

Cit., P. 333 etSS.

«عندما يكون أحد الأطراف في اتفاق التحكيم الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها. فإن هذا الطرف لا يمكنه التمسك بقانونه للمنازعة في قابلية النزاع للتحكيم أو في أهليته للتحكيم». وكما هو واضح من النص فإنه لا يجوز للدولة أو الأشخاص العامة الاحتجاج بقانونها الداخلي للمنازعة في قدرتها على إبرام اتفاق تحكيم صحيح<sup>(١)</sup>.

الخلاصة: يمكن أن نستخلص مما تقدم أن الاتجاه السائد هو أن أهلية الدولة والأشخاص العامة تخضع لقانونها الوطني. بيد أنه لا يجوز للدولة أو الشخص العام أن يحتج بانعدام أهليته أو نقصانها طبقاً لقانونه الوطني من أجل التمسك من اتفاق التحكيم الذي سبق أن وافق عليه. ونرى الأخذ بنفس الحل بالنسبة لاتفاق التحكيم في عقود البترول<sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع:

Lalive (P.), et Gaillard (E.), le nouveau droit ..... Op. Cit.,  
P. 925.

(٢) عكس ذلك راجع: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ..... المرجع السابق،  
ص ٤٤ ومليدهما، بند ٢٧ ومليده. حيث يرى عدم ملائمة الأخذ بهذا الحل بالنسبة  
لعقود الاستثمار. وراجع أيضاً:

Vergopoulos - Mechaill (A.), Op. Cit., PP. 77 - 79.



## الفصل الرابع

### آثار اتفاق التحكيم

#### Les effets de la convention d'arbitrage

تمهيد وتقسيم:

يترتب على اتفاق التحكيم. أيا كانت صورته. سواء أكان في صورة شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في صورة اتفاق تحكيم مستقل. أثران جوهريان: أحدهما إيجابي. L'effet positif ويتمثل في التزام الأطراف بعرض النزاع أو المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم على التحكيم. وتولية المحكمين سلطة الفصل في هذه المنازعات. والآخر سلبي L'effet negatif ويتمثل في امتناع هؤلاء الأطراف عن عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني. ومنع هذا القضاء من الفصل فيها.

وعلى ذلك. عندما تبرم إحدى الدول المنتجة للبترول بنفسها أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة عقدا بتروليا مع إحدى الشركات الأجنبية للبترول. ويتفقان على اللجوء إلى التحكيم. سواء في صورة شرط وارد في العقد ذاته أو في صورة اتفاق مستقل. لتسوية المنازعات التي تثار أو تثار بينهما بصدد هذا العقد. فإنه وبموجب هذا الاتفاق يلتزم كل من الطرفين بعرض هذه المنازعات على محكمة التحكيم المعنية بواسطتهما. وتختص هذه المحكمة بالفصل فيها (وهذا هو الأثر الإيجابي) كما يمتنع عليهما اللجوء إلى القضاء الوطني. كما يمتنع هذا القضاء عن الفصل فيها (وهو الأثر السلبي).

ويعتبر هذان الأثران ملازمين دائما لاتفاق التحكيم. أيا كان القانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق. فالقانون الذي يعفى الأطراف في هذا الاتفاق من حمل النزاع أمام محكمة التحكيم. ولا يقضى باختصاص محكمة

التحكيم بالفصل فى النزاع أو يسمح للمحاكم القضائية بالفصل فيه، فإنه يجهل فى الحقيقة نظام التحكيم ذاته<sup>(١)</sup>.

هذا ولما كان اتفاق التحكيم محل الدراسة، لى الاتفاق على التحكيم فى عقود البترول، تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، فإن هناك تساؤلاً غاية فى الأهمية يمكن أن يثور وهو هل يجوز للدولة، أو الشخص العام التابع لها، التمسك بحصانتها القضائية والتنفيذية على الرغم من اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي إهدار كل أثر لاتفاق التحكيم؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضى دراسة أثر الاتفاق على التحكيم على تمسك الدولة بحصانتها القضائية والتنفيذية.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول: إختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع،  
«والإختصاص بالإختصاص».

المبحث الثانى: إختصاص القضاء الوطنى<sup>عمرم</sup>.

المبحث الثالث: أثر اتفاق التحكيم على التمسك بالحصانة القضائية والتنفيذية للدولة.

---

(١) انظر:

Goldman (B.). Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., fasc.  
586-5, 1, No. 3.

## المبحث الأول

### اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع "والاختصاص بالاختصاص"

يترتب على اتفاق التحكيم - كما سبق القول - التزام الأطراف بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه، وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع، وبالتالي ينعقد الاختصاص للمحكمين بالفصل في النزاع موضوع هذا الاتفاق.

وعلى هذا النحو، فإن الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم لا يشير أية صعوبات في التطبيق عندما يستل الأطراف باختصاص النزاع للمحكمين طبقا لاتفاقهم التحكيمي. ولكن الذي قد يحدث أنه عندما يثور النزاع بين الأطراف، ويطلب أحدهم اللجوء إلى التحكيم، قد يحاول الطرف الآخر عرقلة إجراءات التحكيم، ويدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع مستندا في ذلك على العديد من الأسباب. فقد يستند في دفعه بعدم اختصاص محكمة التحكيم إلى بطلان المدعى الأصلي أو عدم وجوده، أو إلى بطلان اتفاق التحكيم ذاته أو تجاوز المسألة المتنازع فيها لاختصاص محكمة التحكيم نظرا لتجاوزها لنطاق اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

ولا يعد هذا الفرض فرضا نظريا، إن دراسة الواقع العملي تبين لنا أن هناك العديد من الحالات التي رفض فيها بعض الأطراف المشاركة في إجراءات التحكيم - وبصفة خاصة في مجال التحكيم في عقود البترول - وتمسكوا بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع. ويمكن أن نذكر من ذلك موقف الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) عندما رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم على أثر النزاع المثار بينها وبين الشركة

(١) حول الفروض التي يفرض فيها المحكم مسألة إخضاعه راجع:

BOISSESON (A.), le droit Français ..... Op. Cit., P. 716  
etS.

الفرنسية Aquitaine - Elf، مستندة في ذلك على أن العقد الأصلي المبرم بينهما قد اعتبر باطلا وكان لم يكن من قبل اللجنة الخاصة التي تم تشكيلها وفقا للقانون الإيراني ذات المادة الواحدة الصادر من مجلس قيادة الثورة الإسلامية في سنة ١٩٨٠ (١). ومن ذلك أيضا موقف الحكومة الليبية عندما رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم في قضية ليامكو «Liamco» (٢) ونازعت في اختصاص المحكم بحجة تعارض التحكيم مع سيادتها الوطنية كبولة.

وفي هذه الأحوال، يثور التساؤل عن الجهة التي تملك سلطة الفصل في اختصاص محكمة التحكيم. فهل ينبغي الاختصاص للمحكمة القضائية المختصة لكي تفصل في مسألة اختصاص المحكمين. وفي هذا الفرض يجب على المحكمين إيقاف إجراءات التحكيم لحين فصل الجهة القضائية المختصة في اختصاصهم. أم ينبغي الاختصاص للمحكمين أنفسهم للفصل في اختصاصهم. وفي هذا الفرض الأخير إذا ما ارتأى المحكمون أن لهم الاختصاص بالفصل في النزاع، كان لهم مواصلة إجراءات التحكيم، والاستمرار في نظر النزاع المعروض عليهم والفصل فيه. هنا مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم، واحتمال صدور حكم قضائي يقضي بأن المحكمين كانوا غير مختصين بنظر هذا النزاع والفصل فيه بواسطة.

---

Rev. Arb., 1984, spéc. P. 406.

(١) انظر:

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن نفس الشركة قد تمتعت عن المشاركة في إجراءات التحكيم في نزاعها مع شركة سافير الدولية للبترول ونازعت في اختصاص المحكم، راجع في ذلك:

LALIVE (J.), un récent arbitrage suisse ..... Op. Cit., P. 273 etS.

(٢) راجع الحكم الصادر في هذه القضية:

Rev. Arb., 1980, P. 132, Spéc., P. 145.

وقد اتخذت الحكومة الليبية نفس الموقف في تحكيم تكافو. راجع في هذا التحكيم:

Lalive (J.), un grand arbitrage pétrolier ..... Op. Cit., P. 319 etS.



قبل الإجابة عن هذا التساؤل، يجب الاعتراف بداية بأنه في العديد من الحالات فإن الطرف الذي ينازع في اختصاص المحكمين غالباً لا تتوافر لديه حسن النية. وأنه لا يستهدف من وراء الدفع بعدم اختصاص المحكمين سوى تعطيل إجراءات التحكيم وإطالة أمد النزاع ومجرد كسب الوقت فقط. وبالتالي من المناسب أن نسد عليه طريق المماطلة وإضاعة الوقت وإن ترد عليه قصده وذلك بالاعتراف للمحكمين بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصهم.

إلى جانب ذلك فإنه من المنطقي وقد وضع الأطراف ثقتهم في المحكمين للفصل في النزاع المثار بينهم، أن تمتد هذه الثقة إلى القرار الذي يتخذه هؤلاء في مسألة اختصاصهم، لا سيما وأن هذا القرار سوف يخضع في النهاية لرقابة المحاكم القضائية، كما وأن المحكمين لن يمتدحوا باختصاصهم إلا عندما لا يكون هناك مجال للشك فيه. وبالإضافة إلى ذلك فإن الاعتراف للمحكمين بالفصل في اختصاصهم له ميزة واضحة ومؤكدّة وهي الوصول بأقصى سرعة ممكنة إلى حل للنزاع وإصدار حكم التحكيم. في المقابل، فإن تقرير اللجوء إلى المحاكم القضائية لفحص مسألة اختصاص المحكمين يسير ضد الهدف الذي تقرر من أجله الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة سريعة وفعالة لحسم المنازعات على سبيل العلاقات الدولية الخاصة<sup>(١)</sup>. هذا من ناحية.

من ناحية أخرى فإن تقرير اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في اختصاص المحكمين يشير الكثير من المشكلات المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين الأمر الذي من شأنه عرقلة إجراءات التحكيم<sup>(٢)</sup>. ويحدث ذلك عندما تعترف إحدى الدول المعنية بالنزاع بسلطة المحكم بالفصل في اختصاصه. بينما ترفض الأخرى

---

(١) انظر في نفس المعنى:

David (R.), Op. Cit., PP. 396 - 397, No. 309.

(٢) انظر:

Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 702.

ذلك وتعطى الاختصاص للمحاكم القضائية وتفرض على المحكم إيقاف الفصل في الدعوى. كما أن المحكم الذى يعترف له القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بالفصل فى اختصاصه لا يكون ملزما بأى حكم قضائى يصدر فى هذا الخصوص. والأمر كذلك، سيكون من الصعب - فى هذا الفرض - تجنب ما يمكن أن يؤدى إليه وجود خصوميتين وحكيمين صادرين فى نفس المشكلة أحدهما صادر عن المحكم والآخر صادر عن قضاء وطنى. فهذه الأحكام يمكن أن تكون متناقضة Contradictaires. وأن الدفع بحالة الدعوى L'exemption de litispendance أو بقوة الشيء المقضى به لا يمكنه حل هذا التنازع لأن كل دولة تحدد بنفسها قواعد الاختصاص القضائى الدولى والتي يعد احترامها شروطا لقبول هذه الدفوع.

وكذلك يمكن أن يحدث تنازع الاختصاص القضائى الدولى حتى عندما تخضع كل الدول المعنية اختصاص المحكم للمحاكم القضائية. حيث تصدر العديد من الأحكام القضائية فى هذا الخصوص فى كل هذه الدول، وخطر الاختلاف فيما بينها وارد، وأن كل حكم يعتبر صحيحا فى ظل نظامه القانونى الوطنى.

وهكذا تتضاعف إمكانيات استخدام الوسائل الاحتياطية Les manoeuvres dilatoires للطرف الذى لا يرغب فى التحكيم. حيث يستطيع هذا الطرف، فى كل لحظة تكون عليها الإجراءات، اللجوء إلى محكمة من اختياره (محكمة الدولة التى يجرى عليها التحكيم أو الدولة التى يطلب منها منح الحكم القوة التنفيذية)، مؤخرا بإرادته إجراءات التحكيم وملزما خصمه على التراجع أمام جهة أخرى بدلا من أن تتم هذه المرافعة أمام المحكم. ويعود إلى الظهور مرة أخرى تنازع الاختصاص القضائى الذى يهدف التحكيم الدولى إلى استجاده وتفاديه<sup>(١)</sup>.

(١) راجع فى ذلك:

Fouchard (P.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 138, No. 242.

ومن أجل ذلك كله كان من الضروري الاعتراف للمحكّمين بالاختصاص فى الفصل فى اختصاصهم. وهو ما حدث فعلاً. فقد أقرت معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. وكذلك أحكام التحكيم. مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عندما يدفع أحد الأطراف أمامه بعدم الاختصاص. وهو ما نعرض له بشيء من الإيجاز.

تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص: Kompetenz - Kompetenz  
أصبح من المعترف به فى معظم القوانين الوطنية أن للمحكّمين الاختصاص بالفصل فى اختصاصهم عند المنازعة فيه. سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيًا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود نفاذ التحكيم ذاته أو بطلانه أو تجاوز السألة محل النزاع لنطاق اتفاق التحكيم. هذا مع مراعاة أن القوانين الوطنية لم تمنح المحكم سلطة الفصل فى اختصاصه بصفة نهائية، بل منحه إياها بصفة مؤقتة. حيث يخضع الحكم الذى يتخذه المحكم فى مسألة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة وذلك من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم أو أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

ففى ألمانيا. أعطت المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات الألمانى للمحكّمين عندما يمسك أمامهم ببطلان عقد توليتهم سلطة الإستمرار فى إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم إذ ما قدروا رفض هذا الدفع المتمسك به. على أن يلاحظ أن هذا القانون لم يمنح المحكّمين سلطة الفصل فى اختصاصهم بصفة نهائية. فالحكم الذى يتخذه المحكمون فى مسألة اختصاصهم ليس له إلا أثر مؤقت ولا يلزم المحكمة القضائية. فعندما تطرح أمام المحكمة القضائية مسألة صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية أو دعوى بطلان حكم التحكيم. فإن هذه المحكمة تفصل بصفة نهائية فى صحة اتفاق التحكيم. ومن ثم فى اختصاص المحكّمين<sup>(١)</sup>. بيد أن

(١) انظر:

القضاء الفيدرالى الألبانى يقضى بأنه لو منح الأطراف سراحة للمحكم سلطة الفصل فى اختصاصه. فإن حكم المحكم يكون نهائيا ويلزم المحاكم القضائية(١).

وفى اليونان. فإنه وفقا للمادة (٢/٨٨٧) من قانون المرافعات اليونانى يفصل المحكمون فى اختصاصهم إلا إذا قرر الأطراف فى اتفاق التحكيم خلاف ذلك. وتطبق هذه القاعدة على كل التحكيم سواء الداخلية أو الدولية. مع مراعاة الرقابة التى يمارسها القضاء الوطنى فى وقت لاحق على صدور حكم التحكيم وذلك من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلى أو أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية بالنسبة للتحكيم الدولى(٢).

وفى سويسرا. نصت المادة (١/١٨٦) من القانون الجديد بشأن التحكيم الدولى الخامس لسنة ١٩٨٧ على أن «تفصل محكمة التحكيم فى اختصاصها». وبذلك يكون المشرع السويسرى قد اعترف لمحاكمة التحكيم بسلطة الفصل فى اختصاصها. ولقد جاء النص بمبارات مطلقة بحيث يمكن القول بأن للمحكم الاختصاص بالفصل فى اختصاصه سواء أكان الدفع بعدم

---

(١) انظر:

KOPELMANAS (L.), Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international, R.T.D.C., 1975, P. 901.

وانظر أيضا:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., PP. 136 - 137, No. 240.

وأيضا:

HUYS (M.), KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 494, No. 697.

(٢) انظر:

FOUSTOUCOS (A.C.), L'arbitrage international en Grèce, Rev. Arb., 1987, P. 30 et L'arbitrage interne et ..... Op. Cit., P. 211, No. 319.

الاختصاص مبني على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو تجاوز المآلة محل النزاع لنطاق اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

وقد أخذ بنفس الحل القانون الإيرلندي الصادر سنة ١٩٨٦. فقد نصت المادة (١/١٠٥٢) منه على أن «لمحكمة التحكيم سلطة في الفصل في اختصاصها»<sup>(٢)</sup>. وكذلك الأمر القانون الجزائري الصادر سنة ١٩٩٢. فقد نصت المادة (٤٥٨ مكرر ٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها...»<sup>(٣)</sup>.

وقد سار في نفس الاتجاه أيضا القانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. فقد نصت المادة (١/٢٢) من هذا القانون على أنه «تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو مقوله أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع». وكما هو واضح من النص، فقد اعترف المشرع المصري لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل في اختصاصها عندما يكون متنازعا فيه أمامها من قبل أحد الأطراف. ويستوى

---

(١) راجع في هذا التمس والتعليق عليه:

LALIVE (P.), POUDRET (JF) et REYMOND (C.) Op. Cit.,  
P. 379 etSS.

ونظر أيضا:

BUDIN (R.), La nouvelle loi suisse sur ..... Op. Cit., P.  
60; TSCHANZ (P.Y.), le nouveau droit suisse ..... Op.  
Cit., P. 443.

(٢) انظر نصوص هذا القانون منشورة في:

Rev. Arb., 1988, P. 349 etSS., Spéc. P. 360.

وفي التعليق عليه راجع:

CREMADES (B.), L'Espagne étrenne une nouvelle loi sur  
L'arbitrage, Rev. Arb., 1989, P. 189.

(٣) راجع نصوص هذا القانون في:

Rev. Arb., 1993, P. 478 etSS., Spéc. P. 481.

في ذلك أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيًا على عدم وجود المقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انتضائه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق هذا الاتفاق.

وفي فرنسا، فقد نصت المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الصادر في ١٤ مايو سنة ١٩٨٠ بشأن التحكيم الداخلي على أنه «إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس ونطاق سلطته القضائية، فإن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته». يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد اعترف للمحكم بالاختصاص في الفصل في اختصاصه إذا ما دفع أحد الأطراف أمامه بعدم الاختصاص، سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيًا على عدم وجود المقد الأصلي أو بطلانه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لاتفاق التحكيم. وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وضع حدًا للخلاف الذي كان قائمًا في السابق حول اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه في مسائل التحكيم الداخلي<sup>(١)</sup>.

وفي مجال التحكيم الدولي، لم يتضمن قانون المرافعات الصادر في عام ١٩٨١ والمتعلق بالتحكيم الدولي نصًا مماثلًا لنص المادة ١٤٦٦ السالفة البيان، يقرر اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. ويرى الفقه الغالب<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في هذا الخلاف:

KLEIN (F.E.), Du caractère autonome ..... Op. Cit.; Rev. Crit., 1961, P. 515 et ss.

وراجع أيضًا د. علي بركات، المرجع السابق، ص ٢٤٩ ومبهماء، بند ٢٥٤ ومبهماء.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., PP. 148 - 149, No. 252.; GOLDMAN (B.), Arbitrage ..... Op. Cit., J-CL, dr. int., fasc 586-5-1, No. 25 - 26.; BOISSESON (M.), Le droit Français ..... Op. Cit., P. 488, No. 578.; SANDERS (P.), L'intervention du juge dans la Procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence), Rev. Arb., 1980, P. 238 et ss., Spéc. PP. 244 - 245.; KLEIN (F-E.), Du caractère autonome ..... Op. Cit., Rev. Arb., 1961, P. 53, No. 7.

ثبوت حق المحكم بالفصل في اختصاصه كنتيجة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة والذي أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset. والقضايا الأخرى اللاحقة. على نحو ما رأينا. حيث يرى هؤلاء أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، سواء أكان في صورة شرط وارد في العقد الأصلي أو في صورة اتفاق مستقل. معناه أن الإدعاء ببطلان العقد الأصلي أو عدم وجوده أو فسخه لا يؤثر على اتفاق التحكيم المتعلق به. ومن ثم لا يؤثر على تولية المحكمين واختصاصهم. فيجوز للمحكمين الفصل في اختصاصهم عندما يكون هذا الاختصاص متنازعا فيه استنادا إلى بطلان العقد الأصلي أو عدم وجوده.

بيد أن بعض الفقهاء (١) قد لاحظ وبعق أن حكم محكمة النقض في قضية Gosset - والأحكام الأخرى اللاحقة - لم ينظم مباشرة وعلى نحو كامل مسألة الاختصاص بالاختصاص. حيث أنه من غير الممكن استخلاص قاعدة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عندما يكون العيب المتسك به يمس اتفاق التحكيم ذاته. سواء لأن هذا العيب خاص به. على سبيل المثال عندما تكون المسألة محل النزاع من المسائل التي لا تقبل التسوية بطريق التحكيم. أو لأن هذا العيب يمس في أن واحد اتفاق التحكيم والمقد موضوع النزاع كما في حالة تخلف الرضا أو انعدام الأهلية العامة للمتعاقد.

على أية حال لقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه في مجال التحكيم الدولي. حتى عندما يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيًا على عدم صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه

(١) انظر:

LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de L'évolution récente du droit de L'arbitrage international, *clunet.*, 1983, P. 293 et SS., Spéc. PP. 310 - 311, No. 34.; GOLDMAN (B.) Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. dr. int., fasc 586-5-1, No. 27.

أو عدم وجوده. ففي الحكم الصادر من محكمة السين المدنية في ١٧ أكتوبر لسنة ١٩٥٦، والمتعلق بتحكيم دولي تم في إطار غرفة التجارة الدولية، أكدت المحكمة على أنه «يجب على المحكمين في المقام الأول أن يتثبتوا من أن اتفاق التحكيم يمنحهم الاختصاص بالفصل في النزاع المعروض عليهم، كما أنهم ملزمون بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته ومن نطاقه. وإلا شاب حكمهم البطلان». وكما هو واضح من الحكم، فإن المحكمة قد اعترفت للمحكمين بالاختصاص في فحص أساس ولايتهم، بمعنى التحقق من صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، وفحص حدود ولايتهم، أي نطاق اتفاق التحكيم، على نحو ما فعلت فيما بعد المادة ١٤٦٦ بالنسبة للتحكيم الداخلي<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى، فإن المحكمة اعترفت للمحكمين بالاختصاص في الفصل في اختصاصهم عندما يكون متنازعا فيه بسبب بطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بسبب تجاوز النزاع لنطاق هذا الاتفاق.

كما أكدت محكمة كولمار Colmar في حكمها الصادر في ٢٩ نوفمبر لسنة ١٩٦٨<sup>(٢)</sup> على «أن هناك قاعدة مفادها أن القاضى المطروح عليه النزاع هو المختص بالفصل في اختصاصه، ومن ثم عندما يكون هذا القاضى محكما يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف فإن له أن يتثبت من وجود وصحة هذا الاتفاق».

ويمكننى أن أضيف إلى ما تقدم أنه إذا كانت المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى قد منحت المحكم فى مجال التحكيم الداخلى السلطة فى فحص أساس ولايته وحدودها، أى الاختصاص بفحص اختصاصه، فإنه من

(١) راجع فى هذا الحكم والتطبيق عليه:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 148.

وليس:

GOLDMAN (B.), Arbitrage .... Op. Cit., J-Cl., dr. int., fasc 586-5-1, No. 27.

Rev. Arb., 1968, P. 149.

(٢) راجع فى هذا الحكم مشور فى:



باب أولى يجب الاعتراف للمحكمين بمثل هذه السلطة في مجال التحكيم الدولي، حيث أنه من الصعوبة بمكان أن ننكر على المحكمين في المجال الدولي امتيازاً أو سلطة ممنوحة صراحة للمحكمين في المجال الداخلي<sup>(١)</sup>.

الخلاصة: أن الغالبية العظمى من القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم قد أقرت للمحكم الاختصاص بالفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه من قبل أحد الأطراف. ويستوى في ذلك أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيًا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه أو انقضائه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه أو تجاوز السألة موضوع النزاع لنطاق اتفاق التحكيم.

وقد أقرت بعض الاتفاقيات الدولية مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. فقد نصت (٢/٥) من الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١ على أنه «مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضى، لا يجب على المحكم المتنازع في اختصاصه أن يتخلى عن القضية، فالمحكم له السلطة في الفصل في اختصاصه وفي مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر هذا الاتفاق جزءاً منه»<sup>(٢)</sup>.

---

(١) في نفس المعنى:

DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux, *clunet*, 1984, P. 521 et SS, Spéc. P. 529.

(٢) ويقول النص بالفرنسية:

«Sous réserve des contrôles judiciaires, prévus par la loi du for, L'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie».

ويتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوروبية قد أقرت مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه عندما يكون متنازعا فيه أمامه من قبل أحد الأطراف، بل لقد اعتبرته التزاما على المحكم، حيث أوجبت على المحكم عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه. وبهذا تكون الاتفاقية الأوروبية قد وضعت المحكم على نفس مستوى القاضى الوطنى والذى يعد دائما هو القاضى فى الفصل فى اختصاصه. ويستوى فى ذلك أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه. أو بناء على تجاوز المسألة - محل النزاع - لنطاق اتفاق التحكيم وبالتالي خروجها من نطاق اختصاص المحكمين<sup>(١)</sup>.

ولكن ليس معنى هذا أن المحكم يملك الاختصاص بالفصل فى اختصاصه بشكل نهائى، وأن الرقابة القضائية مستبعدة تماما فى هذا الخصوص. فتى صدر حكم التحكيم يمكن المنازعة فى صحته أمام المحاكم القضائية. وذلك بالتمسك بعدم وجود أو بطلان اتفاق التحكيم أثناء إجراءات منع القوة التنفيذية أو من خلال دعوى البطلان التى ترفع ضد حكم التحكيم بعد صدوره<sup>(٢)</sup>. فالاتفاقية الأوروبية لم تأخذ بقاعدة الاختصاص بالاختصاص النهائى، وإنما أخذت بقاعدة الاختصاص بالاختصاص المؤقت. فعلم التحكيم الصادر فى اختصاصه ليس إلا حكما مؤقتا، وقد يقضى ببطلانه أو يرفض الاعتراف به وتنفيذه إذا لم تحز صحة تولية واختصاص المحكمين على قبول القاضى الوطنى الذى يفصل فى دعوى بطلان حكم

---

(١) راجع فى نفس المعنى:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial international, Op. Cit., PP. 151 - 152, No. 255 - 256.

وأيضا:

DAVID (R.), Op. Cit., P. 434, No. 342.

وأيضا: د. محسن شقيق، المرجع السابق، ص ١٢٧ - ١٢٨، بند ١٢٩، ص ١٨٦، بند ١٩٥.

(٢) انظر:

DAVID (R.), Op. Cit., P. 434, No. 342.

التحكيم أو المطلوب منه الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه<sup>(١)</sup>. وهذا هو معنى التحفظ الوارد بصدر الفقرة الثالثة والذي يقول «مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضى ...».

وبناء عليه إذا كان قانون القاضى يميز المعلن فى حكم التحكيم الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص أمام المحاكم القضائية، فإن مصير هذا الحكم يتوقف على ما تقضى به المحكمة. فإذا قضت بقبول الدفع سقطت إجراءات التحكيم وسقط معها حكم التحكيم. وإذا قضت برفض الدفع، سحت إجراءات التحكيم، وظل حكم التحكيم قائما منتجا لآثاره<sup>(٢)</sup>.

كما نمت الفقرة الأولى من المادة (٤١) من اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والبحرمة فى واشنطن عام ١٩٦٥ على أن «تعتبر محكمة التحكيم هى القاضى فى اختصاصها». ويتضح من هذا النص أن اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار قد اعترفت لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل فى اختصاصها عندما يثار فى أمامها من قبل أحد الأطراف<sup>(٣)</sup>. كما أنها نمت على هذا البنىء بمبارات مطلقة بحيث يمكن القول بأن لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل فى اختصاصها سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على المنازعة فى وجود أو صحة المقد الأسمى أو وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، أو تجاوز المسألة محل النزاع لاختصاص المركز الدولى. وبالتالي لاختصاص محكمة التحكيم المشكلة فى إطاره.

(١) انظر:

MEZGER (E.), Compétence - Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitral dans la convention dite européenne Sur l'arbitrage commercial international, Mélanges Minoli, 1974, P. 315 et S.

(٢) انظر: د. محسن شقيق، المراجع المعلق، ص ١٦٨، بند ١٢٩، ص ١٨٧، بند ١٩٥.

(٣) فى نفس المعنى راجع:

DELAUME (G.), Le centre international ..., Op. Cit., P. 818.

وأيا: د. علم بسيم، المراجع السابق، ص ١٦٠.

وقد أقرت قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذلك لوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولي. مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.

فقد أخذت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة ١٩٧٦ مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، وذلك بنصها في المادة (٢١) على أنه «١ - يجوز لمحكمة التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط أو اتفاق التحكيم. ٢ - تختص محكمة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يعد شرط التحكيم جزءاً منه ....».

كذلك الأمر أيضاً بالنسبة للقانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة عام ١٩٨٥، فقد نصت المادة (١/١٦) منه على أن «يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم ....».

وفي نفس الاتجاه أيضاً لائحة التحكيم المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من هذه اللائحة على أنه «إذا أثار أحد الأطراف دفع أو عدة دفوع متعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم، فإن للمحكمة الدائمة لدى الفرقة - بعد التأكد لأول وهلة من وجود هذا الاتفاق - أن تقرر أن التحكيم سيتم، وذلك بدون الأساس بقبول هذه الدفوع أو صحتها. وفي هذه الحالة، فإن من حق المحكم وحده إتخاذ أي قرار بشأن اختصاصه». كما نصت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة على أنه «المم يوجب اتفاق مخالف من قبل الأطراف، فإن الادعاء بطلان أو عدم وجود العقد لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا ما ارتأى صحة اتفاق التحكيم. ويظل المحكم مختصاً في حالة عدم وجود المدعى أو بطلانه من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم»<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في هذا التمر والتعليق عليه:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL., dr. int., fasc 586-5-2, No. 70 etSS.

ويمكننا أن نخلص من هذا النص إلى أن لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية قد أسندت إلى محكمة التحكيم الدائمة لدى الفرقة التيام بإجراء فحص مبدئي لمجرد التأكد من وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف والإشارة فيه إلى غرفة التجارة الدولية. فإذا ما انتهت إلى عدم وجود هذا الاتفاق أو عدم وجود هذه الإشارة، كان لها أن ترفض تنظيم هذا التحكيم في كنف غرفة التجارة الدولية. أما إذا تأكدت من وجود هذا الاتفاق والإشارة فيه إلى غرفة التجارة الدولية، كان لها أن تقرر أن يتم التحكيم في كنف غرفة التجارة الدولية. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن دور محكمة تحكيم الفرقة يتوقف عند هذا الحد، ويكون لمحكمة التحكيم (أو المحكمين) التي تشكل بواسطة الفرقة للفصل في النزاع، الاختصاص بالفصل في اختصاصها إذا ما دفع أحد الأطراف أمامها بعدم الاختصاص، سواء أكان الدفع مبنيًا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه<sup>(١)</sup>.

كما أخذت ببدأ الاختصاص بالاختصاص لائحة التحكيم المعمول بها لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم منذ أول مايو عام ١٩٩٢، وذلك عندما نصت في المادة (١٥) منها على أن «١ - لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم. ٢ - لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في وجود أو صحة العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم...»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك الشيء بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن

---

(١) في نفس المعنى:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-CL, dr, int., fasc 586-5-2, No. 71; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 495, No. 699.

ولينا د. سلية ركد، التحكيم في العلاقات ..... المرجع السابق، ص ١٦٦ -

- ١٦٧

(٢) انظر هذه التوليد منشورة في:

Rev. Arb., 1993, P. 486 etSs. Spéc. P. 493.

للتحكيم الدولي. فقد أكدت على إختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه وذلك في المادة (١/١٤) والتي نصت على أن «المحكمة التحكيم ملزمة الفصل في اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحتها...» (١).

وبالاطلاع على العديد من أحكام التحكيم التي تعرضت لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه سواء تلك الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس أو التي صدرت من محاكم التحكيم الحر AD HOC نجد أنها قد أكدت جميعا على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.

ومن الأحكام الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية والتي عملت مبدأ الاختصاص بالاختصاص يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ١٥٢٦ في سنة ١٩٦٨ (٢). ففي هذه القضية رفضت الدولة المتعاقدة (المدعى عليها) المشاركة في إجراءات التحكيم وتعيين محكم لها. وقد تم تعيين محكم وحيد من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية ليفصل في النزاع. وقد بدأ المحكم والذي اتخذ من مدينة برن Berne بسويسرا مقرا له، بالتأكيد على اختصاصه مقررًا أن «اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر قاعدة ملما بها في مجال التحكيم الدولي...» ثم أضاف المحكم «أن هذه القاعدة ليست ملزمة في Infirmée في القانون الفرنسي وهو قانون مقر غرفة التجارة الدولية، ولا في القانون السويسري قانون مقر التحكيم ولا في قانون الدولة المتعاقدة ذاتها...».

---

(١) انظر في هذا النص والتطبيق عليه:

GOLDMAN (B.), Arbitrage — Op. Cit., J.-Cl., Dr. int.,  
Fasc. 586-5-2, No. 80.

(٢) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire No. 1526 en 1968,  
clunet, 1974, P. 915, Obs: Y. Derains.

وَمَكُنَّا نَجِدُ أَنَّ الْمَحْكَمَ، فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ، قَدْ أَكَّدَ عَلَى مَبْدَأِ اخْتِصَاصِ الْمَحْكَمِ بِالنِّصْلِ فِي اخْتِصَاصِهِ عِنْدَ الْمُنَازَعَةِ فِيهِ مَعْتَبِرًا إِيَّاهُ قَاعِدَةً ثَابِتَةً وَمُسْتَقَرَّةً فِي مَجَالِ التَّحْكِيمِ الدَّوْلِيِّ. كَمَا اسْتَمَدَ فِي تَأْيِيدِهِ لِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ عَلَى عَدَمِ وُجُودِ مَا يَنْقُضُهَا فِي الْقَوَائِنِ الْمَعْنِيَةِ وَهِيَ الْقَانُونُ الْفَرَنْسِيُّ وَالْقَانُونُ السَّوِيسَرِيُّ وَقَانُونُ الدَّوْلَةِ الْغَرْبِيَّةِ.

وَفِي نَفْسِ الْإِتِّجَاهِ أَيْضًا، حُكِمَ التَّحْكِيمُ الصَّادِرُ فِي الْقَضِيَّةِ رَقْمَ ١٥٠٧ لِسَنَةِ ١٩٧٠ (١). وَفِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ نَازَعَتِ الدَّوْلَةُ الْغَرْبِيَّةُ (الْمُدْعَى عَلَيْهَا) فِي اخْتِصَاصِ الْمَحْكَمِ وَذَلِكَ عَلَى أَسَاسِ بَطْلَانِ شَرْطِ التَّحْكِيمِ مِنْ حَيْثُ الشَّكْلُ لَعَدَمِ تَوَافُرِ الشَّرُوطِ الشَّكْلِيَّةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي الْقَانُونِ الْأَلْبَانِيِّ الَّذِي قَرَّرَ الْأَطْرَافُ تَطْلِيْقَهُ عَلَى الْمَقْدَرِ. وَلَكِنْ الْمَحْكَمُ رَفَضَ هَذَا الْادْعَاءَ مُقَرَّرًا أَنَّهُ «مِنْ حَقِّ الْمَحْكَمِ وَحْدِهِ، وَفَقًا لِأَحْكَامِ الْمَادَّةِ ٢/١٢ مِنْ قَوَاعِدِ تَحْكِيمِ غُرْفَةِ التَّجَارَةِ الدَّوْلِيَّةِ، اتَّخَذَ أَيُّ قَرَارٍ فِيْمَا يَتَعَلَّقُ بِاخْتِصَاصِهِ». ثُمَّ أَسَافَ الْمَحْكَمُ «أَنَّ هَذَا الْحَلَّ يَمُدُّ مُطَابَقًا لِنِيَّةِ الْأَطْرَافِ الْمُشْتَرَكَةِ وَالتِّي عَبَرُوا عَنْهَا فِي الْمَادَّةِ (١١) مِنَ الْمَقْدَرِ. حَيْثُ لَمْ يَكْتَفِ الْأَطْرَافُ بِتَرْجِيدِ الصِّغَةِ الْمَعْتَادَةِ فِي الْإِحَالَةِ إِلَى التَّحْكِيمِ لَدَى غُرْفَةِ التَّجَارَةِ الدَّوْلِيَّةِ، بَلْ إِنَّهُمْ بِالْإِضَافَةِ إِلَى ذَلِكَ قَدْ اِهْتَمَوْا بِبَيَانِ أَنَّ الْمَحْكَمَ يَجِبُ أَنْ يَفْصَلَ وَفَقًا لِقَوَاعِدِ تَحْكِيمِ الْغُرْفَةِ، وَمِنْ ثَمَّ يَكُونُ الْأَطْرَافُ قَدْ أَرَادُوا مَنَحَ الْمَحْكَمِ الْاِخْتِصَاصَ بِالنِّصْلِ فِي اخْتِصَاصِهِ مَا دَامَ أَنَّهُمْ قَدْ أَشَارُوا صَرَاحَةً إِلَى قَوَاعِدِ تَحْكِيمِ الْغُرْفَةِ، وَأَنَّ هَذِهِ الْقَوَاعِدَ تَنْصَرُّ عَلَى اخْتِصَاصِ الْمَحْكَمَةِ بِالنِّصْلِ فِي اخْتِصَاصِهِ».

وَيُمْكِنُ أَنْ نَخْلُصَ مِنْ هَذَا الْحُكْمِ، أَنَّ الْمَحْكَمَ قَدْ اسْتَمَدَ فِي تَأْكِيدِهِ لِبَدَأِ الْاِخْتِصَاصِ بِالْاِخْتِصَاصِ إِلَى نَصِ الْمَادَّةِ ٢/١٢ مِنْ قَوَاعِدِ تَحْكِيمِ غُرْفَةِ التَّجَارَةِ الدَّوْلِيَّةِ وَعَلَى نِيَّةِ الْأَطْرَافِ الَّتِي اسْتَخْلَصَهَا مِنَ الْإِحَالَةِ السَّرِيعَةِ الْوَارِدَةِ فِي شَرْطِ التَّحْكِيمِ إِلَى قَوَاعِدِ تَحْكِيمِ هَذِهِ الْغُرْفَةِ. وَيُلاحِظُ أَنَّ الْمَحْكَمَ فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ لَمْ يَسْتَمْدِ فِي تَأْكِيدِهِ لِهَذَا الْبَدَأِ عَلَى أَيِّ قَانُونٍ وَمُلْطَى مَعْيِنٍ.

(١) انظر:

Sentence rendue dans L'affaire No. 1507 en 1970,  
clunet, 1974, P. 913.

وفى نفس الاجتماع حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٥٢١ فى سنة ١٩٧٥ فى النزاع الذى ثار بين إحدى الشركات الفرنسية ومؤسسة عامة لإحدى الدول الأفريقية<sup>(١)</sup>. وفى هذه القضية، رفضت المؤسسة العامة تعيين محكمها ونازعت فى اختصاص المحكم المعين من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية وذلك بحجة أن نظامها كمؤسسة عامة يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، هنا بالإضافة إلى أن هذه المؤسسة قدرت أن مسألة اختصاص المحكم لا يمكن البت فيها إلا من قبل المحاكم الوطنية فى الدولة التابعة لها.

بيد أن المحكم - والذى اتخذ من جنيف بسويسرا مقرا للتحكيم - أكد فى هذه القضية على اختصاصه بالفصل فى اختصاصه مستندا فى ذلك على قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الدولة التابع لها المؤسسة العامة المتعاقدة والذى ينص على أنه «إذا ثارت مسألة أولية ليست من اختصاص المحكمين ... وجب عليهم إيقاف الفصل فى الدعوى إلى حين صدور حكم فيها من القضاء المختص». ولما كانت صحة شرط التحكيم لا يمكن إبتبارها مسألة أولية، فإن هذا يعد دليلا كافيا على تأكيد حق المحكم فى الفصل فى اختصاصه. كما استند المحكم فى ذلك على نص المادة ٢/١٢ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية والتى تعترف للمحكم بالاختصاص بالفصل فى اختصاصه. وقد أضاف المحكم إلى جانب ذلك أن سلطة المحكم فى الفصل فى اختصاصه تعتبر مبدأ رئيسيا ومعترفا به عموما فى قانون التحكيم.

ولذلك الأمر حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٤٧٦ فى سنة ١٩٧٦<sup>(٢)</sup>. فى النزاع الذى ثار بين شركة إيطالية وأخرى

---

(١) راجع:

Sentence Interimaire rendue dans l'affaire No 2521 en 1975, clunet, 1976, P. 997, Obs. Y. Derains.

(٢) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire No. 2476 en 1976, clunet, 1977, P. 936, Obs. Y. Derains.



سويسرية. ففي هذه القضية تمسكت الشركة الإيطالية بعدم اختصاص محكمة التحكيم إستنادا على باعثنين: ١- بطلان العقد الأصلي المبرم بينها وبين الشركة السويسرية والمتضمن اشرط التحكيم. ٢- أن اختصاص المحكمين يتعارض مع الاختصاص المتصور La compétence exclusive للمحاكم الإيطالية مما يفقد حكم التحكيم قوته التنفيذية فيما لو صدر.

بيد أن محكمة التحكيم قضت برفض الدفع بعدم اختصاصها مستندة في ذلك على المادة (٤/١٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية - والمقابلة للمادة ٤/٨ من قواعد التحكيم الجديدة السارية منذ سنة ١٩٧٥ - وذلك بقولها «وفقا للمادة ٤/١٢ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية فإن الادعاء ببطلان العقد الأصلي أو عدم وجوده لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. فإذا تأكد المحكم من صحة شرط التحكيم فإنه يظل مختصا حتى في حالة بطلان العقد الأصلي أو عدم وجوده وذلك من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم. وبناء عليه، تعترف محكمة التحكيم باختصاصها بالفصل في هذا النزاع وذلك بعد أن تأكدت من عدم وجود اتفاق بين الأطراف يتعارض مع التأكيد على اختصاصها ...» ثم أضافت المحكمة «ان هذا الحل ليس مقررا قطعا في قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، بل أيضا في القانون السويسري باعتباره قانون البلد مقر التحكيم». وهكذا، اعترفت محكمة التحكيم باختصاصها مستندة في ذلك على قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية وكذلك أيضا على أحكام القانون السويسري باعتباره قانون مقر التحكيم.

وقد رفضت محكمة التحكيم أن يكون لقانون الدولة التي يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم أى أثر على اختصاصها، مؤكدة على أنه «لا يوجد مطلقا ارتباط بين مسألة التنفيذ اللاحق لحكم التحكيم ومسألة اختصاص محكمة التحكيم، فالمسألتان مستقلتان، كما أن اختصاص محكمة التحكيم ليس مشروطا بأن يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ، وأن مسألة القوة التنفيذية لحكم التحكيم لا تدخل ضمن اختصاص محكمة التحكيم ...».

بيد أننا نرى أنه إذا كان صحيحا أن قانون دولة التنفيذ ليس له تأثير على مسألة اختصاص المحكم. حيث أن المحكم غالبا لا يعرف مسبقا الدولة التي من المحتمل أن يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم، وأن مسألة القوة التنفيذية لحكم التحكيم تثور في مرحلة لاحقة ولا تدخل ضمن اختصاص المحكم، إلا أن هذا القول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. فهناك العديد من الحالات التي يتدخل فيها قانون دولة التنفيذ، ويجب على المحكمين مراعاته. ويمكن أن نضرب مثلا لذلك. عندما يكون اختصاص المحكم متنازعا فيه إستنادا إلى عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. في هذا الفرض لكي يفصل المحكم فيما إذا كان النزاع المعروض عليه يقبل أم لا يقبل التسوية بطريق التحكيم - ويفصل بالتالي في مسألة اختصاصه - يجب عليه تحديد القانون واجب التطبيق على مسألة قابلية النزاع للتحكيم. ومن المعروف - على نحو ما رأينا - أنه إذا كانت قابلية النزاع للتحكيم تعد شرطا لصحة اتفاق التحكيم، ومن ثم تخضع للقانون الذي يحكم هذا الاتفاق، فإنها تعتبر في نفس الوقت شرطا لتنفيذ حكم التحكيم وتخضع بهذه المثابة لقانون دولة التنفيذ.

وعلى ذلك، يجب على المحكم إذا أراد لحكمه أن يحصل على القوة التنفيذية أن يأخذ في الاعتبار قانون دولة التنفيذ. فإذا كان يقرر قابلية النزاع المعروض على المحكم للتسوية بطريق التحكيم، فإن للمحكم أن يرفض الدفع بعدم الاختصاص المبني على عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. أما إذا كان قانون دولة التنفيذ يقضى بعدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم فإن على المحكم في هذه الحالة أن يقضى بعدم اختصاصه منذ البداية. إن القول بغير ذلك معناه إضاعة الوقت والجهد، والاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم سوف يقضى القضاء ببطالانه أو يرفض تنفيذه والاعتراف به نظرا لعدم اختصاص المحكم بالفصل في النزاع.

والى جانب ما تقدم، هناك العديد من أحكام التحكيم الصادرة في

إطار غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي أقرت مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول أن التواثين الوطنية، والاتفاقيات الدولية، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأحكام التحكيم الصادرة في إطار المعاملات الدولية الخاصة، قد أكدت جميعها على اختصاص المحكم بالفصل في مجال اختصاصه عند المنازعة فيه، ولا جدال في انطباق هذا المبدأ في مجال التحكيم في عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها والشركات الأجنبية.

وقد أخذت بهذا الحل الأحكام الصادرة من محاكم التحكيم التي شكلت للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

ويعتبر من أهم هذه الأحكام وأحدثها حكم التحكيم التهديدي La sentence préliminaire الصادر في كوينهاجهن بالدنمارك بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ B.Gomard في ١٤ يناير لسنة ١٩٨٢، وذلك في النزاع الذي ثار بين الشركة الوطنية الإيرانية (والسماء نيوك) والشركة الفرنسية Elf Aquitaine<sup>(٢)</sup>، ففي هذا الحكم أكد المحكم على أن

---

(١) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No. 3987 en 1983, clunet, 1984, P. 943. Sentence rendue dans l'affaire No. 3383 en 1979, clunet, 1980, P. 978.; Sentence interimaire rendue dans l'affaire No. 5065 en 1986, clunet, 1987, P. 1039.

(٢) انظر الحكم منشور في:

Rev. arb., 1984, P. 401, Spéc, PP. 412 - 413.

حيث يذكر الحكم بالفرنسية أن:

C'est un principe fondamental dans l'arbitrage international, reconnu dans les traités portant sur l'arbitrage, dans plusieurs sentences arbitrales, et par la doctrine relative au droit de l'arbitrage qu'un arbitre a «Compétence sur la compétence».

«اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأ رئيسياً في مجال التحكيم الدولي، ومعترفاً به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم، والعديد من أحكام التحكيم، والفقه المتخصص في قانون التحكيم».

وقد أخذ بنفس الحل المحكم «ديوى» في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، فقد أكد المحكم في قضية تكساكو، بموجب الحكم التمهيدى الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥، على أن من حق المحكم وحده الفصل فى مسألة اختصاصه<sup>(١)</sup>.

كما أخذ بنفس الحل أيضاً المحكم «محسانى» فى قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية، وذلك عندما أكد فى الحكم الصادر فى ٢١ إبريل سنة ١٩٧٧ على أن لمحكمة التحكيم الاختصاص المقصور Compétence exclusive للفصل فى جميع المائل المتنازع فيها. وليس لأى محكمة أو سلطة أخرى أى اختصاص فى هذا الخصوص<sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع:

LALIVE (J.F.), Un grand arbitrage pétrolier ..... Op. Cit., P. 327.

(٢) راجع:

Sentence rendue à Geneve le 21 Avril 1977, Rev. Arb., 1980, P. 146.

حيث يذكر الحكم أن:

«Le tribunal arbitral constitue conformément aux dites clause et procedure devrait avoir compétence exclusive sur les questions faisant l'objet du litige. Aucun autre tribunal ou aucune autre autorité, locale ou autre, n a compétence en la matière».

## المبحث الثانى

### عدم اختصاص القضا. الوطنى

إن الأثر الفذ على حد تعبير بعض الفقهاء<sup>(١)</sup>، الذى يترتب على اتفاق التحكيم هو سلب النزاع من ولاية القضاء الوطنى ونقله إلى ولاية المحكمين. ويحدث اتفاق التحكيم هذا الأثر سواء كان فى صورة شرط تحكيم أو فى صورة اتفاق تحكيم مستقل.

ويعتبر هذا الأثر أمراً بديهياً، فمن أجل ضمان تطبيق واحترام اتفاق التحكيم فإنه من الضرورى أن يقابل الأثر الإيجابى والمتمثل فى اختصاص محكمة التحكيم، أثر سلبى ألا وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالنسبة للنزاع الذى اتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية مقررة من قبل الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم والاتفاقيات الدولية لدرجة أن بعض الفقهاء<sup>(٣)</sup> يرى أنها أصبحت مبدأ من المبادئ الموضوعية فى القانون عبر الدولى. بيد أنه لإعمال هذه القاعدة يجب توافر شروط معينة. كما أن هذه القاعدة ترد عليها بعض القيود فالسلطات القضائية يمكنها التدخل سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها أو بعد صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

ونعرض فيما يلى لقاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية وشروط تطبيقها، ثم للقيود التى ترد عليها أو بعبارة أخرى، لنطاق عدم الاختصاص القضائى، كل فى مطلب مستقل.

(١) انظر، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٦، بند ١٦٩.

(٢) انظر فى نفس المعنى:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. Int., Fasc.  
586-5-1, No. 69.

Ibid

(٣) انظر:

## المطلب الأول

### قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية وبشروط تطبيقها

يمكن القول بوجه عام أن كل القوانين الوطنية التي أجازت للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد أخذت من حيث المبدأ بقاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التي أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون السويسري الجديد للتحكيم الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧، فقد نصت المادة (٧) منه على أنه «١ - إذا أبرم الأطراف اتفاق تحكيم بشأن نزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم، فإن على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها ..... فكما هو واضح من النص، لقد رتب المشرع السويسري على وجود اتفاق التحكيم عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر النزاع، كما ألزم المحكمة القضائية إذا ما رفع إليها أحد الطرفين نزاعاً أبرم بشأنه اتفاق تحكيم أن ترضى بعدم اختصاصها.

كذلك الأمر بالنسبة للقانون الأيرلندي بشأن التحكيم الصادر في ٢ يوليو لسنة ١٩٨٦، فقد نصت المادة (١٠٢٢) منه على أنه «١ - يجب على المحكمة المعروض عليها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم أن ترضى بعدم اختصاصها .....».

وفي نفس الاتجاه القانون الأسترالي بشأن التحكيم رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٨، فقد نصت المادة (١/١١) منه على أن «يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما تم الاتفاق عليه فيه، ويمنح القضاة والمحاكم من نظر المنازعات الغائصة للتحكيم .....».

كما يمكن أن نذكر أيضاً القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم، فقد نصت المادة (١٤٥٨) من هذا القانون على أنه «إذا رفع

(١) راجع النص والتعليق عليه:

Latve (P.), Poudret (J-F), et Reymond (C.), Op. Cl.

PP. 282 - 288.

النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على قضاء الدولة. يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه. وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع، يجب أيضا على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه ٥٠٠٠. وعلى الرغم من أن هذا النص المذكور قد ورد في الباب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلي، إلا أن أحكام القضاء الفرنسي قد طبقت القاعدة المنصوص عليها في هذه المادة على التحكيم في مجال المعاملات الدولية الخاصة. فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكمها الصادر في ٢٨ يونيو لسنة ١٩٨٩ (١) على أن المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات تطبق أيضا على التحكيم الدولية.

ويرى جانب من الفقه (٢) أن تطبيق نص المادة (١٤٥٨) على التحكيم في مجال المعاملات الدولية الخاصة له ما يجره من ناحيتين: فمن ناحية إن هذا النص يتعلق باختصاص القضاء الفرنسي. وبناء عليه، فإن هذا القضاء لا يمكنه أن يقرر اختصاصه أو عدم اختصاصه، سواء الداخلي أو الدولي، إلا بالتطبيق للقانون الفرنسي. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا النص وإن كان قد ورد ضمن القسم الخاص بالتحكيم في مجال المعاملات الداخلية، إلا أن سياغته جاءت مطلقة بحيث يطبق على كل اتفاق تحكيم سواء أكان داخليا أم دوليا. ومن ناحية ثانية، فإن قاعدة عدم اختصاص محاكم القضاء الوطني بالنزاع الذي يكون موضوعا لاتفاق تحكيم تعتبر قاعدة عبر دولية Transnational يجب مراعاتها أيا كان القانون الوطني واجب التطبيق كما يشهد بذلك التقرير الصريح لهذه القاعدة بواسطة العديد من القوانين الوطنية الحديثة بشأن التحكيم، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم في مجال المعاملات الدولية الخاصة.

(١) راجع الحكم منشور في:

Rev. Arb., 1989, P. 635, note. Ph. Fouchard.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl., dr. int.,  
Fasc. 586-5-1, No. 72.

وعلى سعيد البلدان العربية، فإن العديد من التشريعات التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم قد أقرت صراحة قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التي أتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. ومن ذلك يمكن أن نذكر قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد بشأن التحكيم لسنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة (٥/٢٠٢) منه على أنه «إذا اتفق الأطراف في شأن نزاع معين على اللجوء إلى التحكيم، فلا يجوز حمل هذا النزاع أمام المحاكم القضائية .....».

كما يمكن أن نذكر أيضا القانون المصري الجديد بشأن التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٢) من هذا القانون على أنه «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى .....».

وإذا انتقلنا من مجال القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم إلى القانون الاتفاقي الدولي، نجد أن بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد نصت صراحة على قاعدة عدم اختصاص القاضى الوطنى بنظر المنازعات التي اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم.

فقد أخذ بهذه القاعدة بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه على أنه «على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بمقد مبرم بين الأشخاص المشار إليهم في المادة الأولى (الأشخاص الخاضعون بالتبادل لقضاء الدول المتعاقدة) ومتضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم مستقل صحيح طبقا للمادة المذكورة وقابل للتطبيق، أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى قضاء المحكمين». ويتضح من هذا النص أن البروتوكول قد أخذ بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، أى بقاعدة عدم اختصاص القضاء الوطنى بنظر النزاع الذى اتفق الأطراف بشأنه على اللجوء إلى التحكيم(١).

(١). راجع فى هذا النص وتطبيق عليه:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 118, No. 207.; GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CI, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 6 et S.; DAVID (R.), Op. Cit., P. 298, No. 238.



كما أخذت بهذه القاعدة اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. فقد نصت الفقرة الثالثة من البادة الثانية من هذه الاتفاقية على أنه «على محكمة الدولة المتعاقدة، المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه البادة أن تحيل الأطراف للتحكيم....».

كما أخذ بهذه القاعدة أيضا القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥. فقد نصت الفقرة الأولى من البادة الثامنة من هذا القانون على أنه «على المحكمة المطروح عليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل هؤلاء الأطراف إلى التحكيم....».

أما بالنسبة للاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم لسنة ١٩٦١ فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة منها على أنه «في الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم قد بدأت قبل أي لجوء إلى محكمة قضائية. فإن على المحاكم القضائية للدول المتعاقدة المعروض عليها في وقت لاحق طلب ينصب على نفس النزاع وبين نفس الأطراف أو طلب بتقرير أو إثبات عدم وجود أو بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم. إيقاف الفصل في اختصاص المحكم إلى حين صدور حكم التحكيم. مالم تكن هناك بواش خطيرة».

يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية لم تعالج سوى الفرض الذي تكون فيه إجراءات التحكيم قد بدأت وتم عرض النزاع بالفعل على محكمة التحكيم. ثم يلجأ أحد الطرفين إلى القاضي الوطني عارضا نفس النزاع. في وقت لاحق على بدء خصومة التحكيم، أو يلجأ إليه طالبا تقرير عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه. وفي هذا الفرض، لم تلزم الاتفاقية القاضي بإعلان عدم اختصاصه. ولكن الزمته فقط بإيقاف الفصل في هذا الطلب حتى صدور حكم التحكيم. ومعنى هذا أنه لا يجوز للقاضي الوطني التدخل إلا في المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم. أي أثناء منح القوة التنفيذية أو بصدد دعوى بطلان حكم التحكيم.

وبالنسبة لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام

١٩٦٥، فإنها لم تتضمن نصا يقرر صراحة الأثر المانع لاتفاق التحكيم، أى عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر النزاع المتفق على اللجوء بشأنه إلى التحكيم، ومع ذلك يمكن استخلاص هذه القاعدة من نص المادة (٢٦) من هذه الاتفاقية والتي نصت على أن «رضاء الأطراف بالخضوع للتحكيم فى إطار هذه الاتفاقية يتضمن تنازلا عن اللجوء إلى أى طريق آخر، مالم يوجد اتفاق مغاير». حيث يجوز للدولة المتعاقدة أن تتطلب إستنفاد الطرق الإدارية أو القضائية الداخلية كشرط لرضاءها بالخضوع للتحكيم فى إطار هذه الاتفاقية».

يستفاد من هذا النص أنه متى اتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لدى المركز الدولى فإن ذلك يعتبر تنازلا عن الإلتجاء إلى أى طريق آخر لتسوية المنازعات التى تثار بينهما. ومن ثم إذا حاول أحد الطرفين تحميل اللجوء إلى التحكيم أو عرقلة إجراءاته وسحب الطرف الآخر إلى القضاء الوطنى فإن على القاضى الوطنى أن يعلن عدم اختصاصه وأن يعيل الأطراف إلى التحكيم لدى المركز. ومع ذلك أجازت الاتفاقية - إستثناء على هذه القاعدة - للدولة المتعاقدة أن تتفق مع الطرف الآخر على إستنفاد طرق التقاضى الداخلية قبل اللجوء إلى التحكيم لدى المركز. وفى هذه الحالة، يتعين إحترام هذا الشرط<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول: أن قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التى اتفق بشأنها على اللجوء إلى التحكيم نصت عليها صراحة معظم التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، وكذلك أيضا الاتفاقيات الدولية.

بيد أن هناك تساؤلات عدة يمكن أن تثار، حيث يثار التساؤل عما إذا كان يشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت قبل رفع النزاع أمام المحكمة القضائية أم أنه يجب إعمال هذه القاعدة

(١) فى نفس المعنى تقريبا راجع:

DELAUME (G.), le centre international ..., Op. Cit., P. 810 et S.

حتى قبل البدء في إجراءات التحكيم؟ كما يشور التساؤل عما إذا كان يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يتمسك الطرف الآخر بالتحكيم أم أنه يجوز للقاضي أن يقضى بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه؟ وأخيراً، هل يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً؟

فيما يتعلق بالتساؤل الأول يمكن الإجابة عليه بالقول بأنه لا يشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع، إذ أن هذه القاعدة تمد أثراً من آثار اتفاق التحكيم، وبالتالي فإنها تترتب على هذا الاتفاق بمجرد إبرامه.

ويستفاد هذا الحل من نصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية التي نصت على هذه القاعدة ذاتها. فهذه النصوص لم تشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون أحد الطرفين قد بدأ بالفعل في إتخاذ إجراءات التحكيم، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، جاءت هذه النصوص بمبارات مطلقة بحيث يستفاد منها أن على القاضي الوطني أن يقرر عدم اختصاصه سواء أكان النزاع قد عرض عليه قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بالتساؤل الثاني، فيمكن القول بأن كافة التشريعات المتعلقة بالتحكيم قد تطلبت لإعمال هذه القاعدة أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل الدخول أو الكلام في الموضوع. ويعتبر هذا الشرط بديهياً، لأنه لو حدث وحضر المدعى عليه أمام المحكمة القضائية وبدأ في الكلام حول الموضوع دون أن يتمسك بوجود اتفاق التحكيم، فلن ذلك يعتبر تنازلاً منه عن اللجوء إلى التحكيم، ومن ثم يكون من حق المحكمة القضائية الاستمرار في نظر النزاع والفصل فيه.

ومن هذه التشريعات يمكن أن نذكر القانون السويسري الجديد بشأن

(١) في نفس المعنى راجع: د. سلية ولشد، التحكيم في العلاقات ....، المرجع السابق، ص ٤٤٢ ومابعداها، بند ٢٢٢، خصوصاً ص ٤٤٦.

التحكيم. فقد نصت المادة (١/٧) منه على أنه «إذا أبرم الأطراف اتفاق تحكيم بشأن نزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم. فلن على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها إلا إذا: - أ - تكلم المدعى عليه في الموضوع دون أن يتسك بعدم اختصاص المحكمة ...» (١).

وكذلك أيضا القانون الأيرلندي. فقد نصت المادة (١/١٠٢٢) من هذا القانون على أنه: «يجب على المحكمة المعروض عليها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم أن تقرر عدم اختصاصها إذا تسك أحد الأطراف بوجود هذا الاتفاق قبل كل دفاع في الموضوع ...».

كما أخذ بنفس الحل القانون الألباني. فقد نصت المادة (٢/١١) من هذا القانون على أنه: «يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما تم الاتفاق عليه فيه. ويمنع القضاة والمحاكم من نظر المنازعات الخاضعة للتحكيم. وذلك منذ اللحظة التي يتسك فيها الطرف صاحب المصلحة بالدفع بعدم الاختصاص في بداية التقاضي».

كما أخذ بنفس الحل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. فقد نصت المادة (٥/٢٠٢) من هذا القانون على أنه: «إذا اتفق الأطراف على التحكيم في شأن نزاع ما، لا يجوز حمل هذا النزاع أمام المحاكم القضائية. ومع ذلك إذا لجأ أحد الأطراف إلى هذه المحاكم على الرغم من وجود اتفاق التحكيم ولم يعارض الطرف الآخر في أول جلسة. فإن هذه المحاكم تستمر في نظر الدعوى ويعتبر اتفاق التحكيم كأن لم يكن».

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المصري. فقد نصت المادة (١/١٢) من هذا القانون على أنه: «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي مطلب أو دفاع في الدعوى».

(١) راجع:

Lalive (P.), Poudret (J-F.), Reymond (C.), Op. Cit., P. 282 etS.

كما تبنت هذا الحل الاتفاقيات الدولية. فقد نصت المادة (١/٤) من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢ على أنه: «على محاكم الدول المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بمقد ... ومتضمن اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم ... أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى قضاء المحكمين»<sup>(١)</sup>. كما نصت المادة (٢/٦) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على أنه: «على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم ... أن تحيل الأطراف للتحكيم وذلك بناء على طلب أحدهم ...»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك أيضا الاتفاقية الأوروبية. فقد نصت المادة (١/٦) منها على أنه: «يجب على المدعى عليه التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة التفاضلية المطروح عليها النزاع من قبل أحد طرفي اتفاق التحكيم قبل أو عند تقديم أوجه دفاعه حول الموضوع وإلا سقط الحق فيه ...»<sup>(٢)</sup>.

كما أخذ بهذا الحل أيضا القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥. فقد نصت المادة (١/٨) من هذا القانون على أنه «على المحكمة المطروح عليها نزاع في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الأطراف في موعد أقصاه تقديم طلباته الأولى حول الموضوع ...».

مجعل القول أن القاضى الوطنى الذى يرفع أحد الطرفين أمامه

(١) راجع:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 6 etS. Spéc. No. 10.

(٢) فى نفس المعنى راجع: Ibid, No. 25. وأيضا د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٢٩ - ٢٣٠، بند ٢٤٠، د. سمية رشيد، التحكيم فى العلاقات ...، المرجع السابق، ص ٤٤٠، بند ٢٢٦.

(٢) فى نفس المعنى أنظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 40.

نزاعا بشأن مسألة اتفق بصدهما على اللجوء إلى التحكيم. لا يجوز له أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر هذا النزاع من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمك الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم وذلك قبل الكلام في الموضوع.

وفيما يتعلق بالتساؤل الثالث، وهو هل يشترط لإعمال قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقابلا للتطبيق؟، لقد أجابت النصوص القانونية ذاتها على هذا التساؤل. ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: يخول المحكمة القضائية سلطة فحص اتفاق التحكيم للتأكد من مدى صحته أو بطلانه وما إذا كان قابلا للتطبيق من عدمه. ويعفى المحكمة القضائية من الالتزام بتقرير عدم اختصاصها بنظر النزاع، ويحتفظ لها بالحق في نظر النزاع والفصل فيه. إذا ما ثبت لديها أن اتفاق التحكيم باطل أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق، وذلك دون أدنى تفرقة بين ما إذا كان النزاع قد رفع إليها قبل بدء إجراءات التحكيم أم بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع.

وقد أخذت بهذا الاتجاه غالبية التشريعات الوطنية. فقد أخذ به القانون السويسري للتحكيم، حيث نصت المادة (١/٧) منه على أنه: «... على المحكمة القضائية الرفع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها إلا إذا ... أثبتت المحكمة أن اتفاق التحكيم لاغ أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق أو إذا كان من غير الممكن تشكيل محكمة التحكيم لأسباب راجعة إلى المدعى عليه»<sup>(١)</sup>.

كما أخذ بنفس الاتجاه أيضا القانون الأيرلندي للتحكيم، حيث نصت المادة (١/١٠٢٢) منه على أنه: «... يجب على المحكمة أن تقرر عدم اختصاصها ... اللهم إلا إذا كان هذا الاتفاق غير صحيح».

(١) راجع:

Lalive (P.), Poudret (J.-F.), Reymond (C.), Op. Cit., P. 282 etS.

كما تبنت هذا الاتجاه أيضا الاتفاقيات الدولية. فقد أخذ بهذا الاتجاه بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢. فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة على التزام المحاكم القضائية بأن تحيل الأطراف إلى قضاء المحكمين، نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه «ومع ذلك، فإن هذه الإحالة لا تهم اختصاص المحاكم في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم لاغيا أو غير ذي أثر». فكما هو واضح من النص، لقد أعطى البروتوكول للمحاكم القضائية الحق في نظر النزاع والفصل فيه في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم لاغيا أو غير فعال. وهذا معناه أن البروتوكول يعطى للقاضي الوطني سلطة التثبت من صحة اتفاق التحكيم وأنه ما زال قائما ومنتجا لأثاره<sup>(١)</sup>.

كما أخذت بهذا الحل أيضا اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. حيث نصت المادة (٢/٢) منها على أنه «على محكمة الدولة المتعاقدة .... أن تحيل الأطراف للتحكيم .... إلا إذا ثبت للمحكمة أن هذا الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق»<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة للاتفاقية الأوربية فإنها لم تواجه سوى فرض واحد وهو الفرض الذي يعرض فيه النزاع على المحكمة القضائية بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت. وفي هذا الفرض، نصت الاتفاقية في المادة

(١) راجع:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 6 etS. FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 118, No. 207.; DAVID (R.), Op. Cit., P. 298, No. 238.

(٢) في نفس المعنى راجع:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 21.

وليسا د. محسن شقيق، المرجع السابق، ص ٢٢٩ - ٢٣٠، بند ٢٤٠. ونظير مع الزيد من التفاصيل: د.سليمة راشد، التحكيم في الملائات، المرجع السابق، ص ١٦٢ ومبعضها، بند ٢٢١ ومبعضه.

(١/٦) منها على أنه يجب على المحاكم القضائية إيقاف الفصل في اختصاص المحكم إلى حين صدور حكم التحكيم. مالم تكن هناك بواعث خطيرة. ويتضح من هنا النص أن الاتفاقية قد ألزمت القاضي الوطني بإيقاف الفصل في الطلب المقدم إليه. ومع ذلك أجازت الاتفاقية للقاضي الوطني إستثناء لأسباب حرمت على التأكيد على أن تكون خطيرة ألا يأمر بوقف الفصل في الطلب وأن يستمر في نظره والفصل فيه. فإذا قضى بقبول الطلب فعنى ذلك سلب اختصاص محكمة التحكيم، فيمتنع عليها مواصلة نظر النزاع، وإذا كان حكم التحكيم قد صدر اعتبر كأن لم يكن<sup>(١)</sup>.

ولكن على الرغم من أن الاتفاقية قد أغتت القاضي الوطني من إيقاف الفصل في الطلبات المقدمة إليه عند وجود بواعث خطيرة *Motifs Graves*. إلا أنها لم تحدد مافية هذه البواعث ولم تقدم أمثلة لها ويمكن القول بأن بطلان اتفاق التحكيم المبني على بواعث من النظام العام بالمفهوم الدولي يعد باعثاً خطيراً يعنى القاضي من إيقاف الفصل في الدعوى، ويعطى له الحق في الاستمرار في نظرها والفصل فيها<sup>(٢)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥ قد أخذ أيضاً بهذا الاتجاه. فقد نصت المادة (١/٨) منه على أنه «على المحكمة ... أن تعيل الأطراف إلى التحكيم ... مالم يتضح لها أن الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتنفيذ».

(١) في نفس المعنى راجع:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. Int., Fasc 586-5-2, No. 35.; DAVID (R.), Op. Cit., P. 300, No. 238.; KOPELMANANS (L.), la place de la convention européenne sur ... Op. Cit., P. 342.

وليساً د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٨، بند ١٤٠.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 35.



الاتجاه الثانى ويفرق بين فرضين: الأول عندما يكون النزاع معروضا على محكمة التحكيم ثم يرفع أحد الطرفين دعوى أمام المحكمة القضائية منسبة على نفس النزاع. والثانى عندما يرفع أحد الطرفين النزاع أمام المحكمة القضائية قبل أن تكون محكمة التحكيم قد شكلت واتصلت بالنزاع. وفى كل من الفرضين، يجب على القاضى الوطنى أن يقرر عدم اختصاصه. بيد أنه يجوز للقاضى فى الفرض الثانى فحسب عدم تقرير اختصاصه إذ أثبت البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم.

ومصاحب هذا الاتجاه هو المشرع الفرنسى. فقد نصت المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات الفرنسى بشأن التحكيم على أنه «إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على قضاء الدولة، يجب على هذا القاضى أن يقرر عدم اختصاصه. وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع، يجب أيضا على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه. إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان».

وكما هو واضح من النص، فرق المشرع بين الفرض الذى ترفع فيه الدعوى أمام القاضى بعد أن تكون محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع. والفرض الذى ترفع فيه الدعوى أمام القاضى قبل البدء فى إجراءات التحكيم. وأوجب على القاضى فى كلتا الحالتين أن يقضى بعدم اختصاصه. بيد أنه أجاز فى الفرض الثانى دون الأول، للقاضى الوطنى تقرير اختصاصه بالفصل فى النزاع إذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم. ويقصد بالبطلان الظاهر لاتفاق التحكيم أن يكون هذا البطلان واضحا Evidente وغير قابل للمنازعة فيه Incontestable<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى أن يكون البطلان ظاهرا للعيان Sautant aux yeux بحيث يكتشفه القاضى بمجرد الاطلاع على اتفاق التحكيم دون أن يكون من الضروري إجراء فحص متعمق لاكتشافه<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), La coopération du président du tribunal de grande instance à L'arbitrage, Rev. Arg., 1985, P. 27.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL. dr. int., Fasc 586-5-1, No. 74.

ونحن نرى أن هذه التفرقة التي أخذ بها القانون الفرنسى تعتبر تفرقة منطقية. وذلك لأنه فى الفرض الذى تكون فيه الدعوى قد رفعت أمام القاضى بعد أن تكون محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، يكون من حق هذه الأخيرة وحدها الفصل فى مدى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، وذلك عملاً بقاعدة اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه مادام أن النزاع معروضا عليه<sup>(١)</sup>.

والقول بغير ذلك معناه السماح للطرف سىء النية فى أن يسحب الطرف الآخر من منحة قضاء التحكيم المعروض عليه النزاع، والتفق على اللجوء إليه، إلى منصة القضاء الوطنى، هنا من ناحية، ومن ناحية أخرى، السماح للقضاء الوطنى أن يفصل فى مدى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، ومن ثم الفصل فى مدى اختصاص المحكم من عدمه وهو ما يعتبر تعدياً على قاعدة اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه تلك القاعدة التى أقرتها الاتفاقيات السولى وكافة التشريعات الوطنية على نحو ما رأينا.

ولكن إذا كنا نزيد هذه التفرقة التى أخذ بها المشرع الفرنسى، بيد أننا نختلف معه فى الحل الذى أخذ به فى الفرض الذى يعرض فيه النزاع على القاضى الوطنى قبل أن تكون محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، ونرى أنه، فى هذا الفرض يكون من حق القاضى الوطنى أن يفحص اتفاق التحكيم للتأكد من مدى صحته أو بطلانه أو إمكان تطبيقه. فإذا ما انتهى القاضى إلى أن اتفاق التحكيم صحيح ومازال قائماً ومتتبجاً لأثاره، حكم بعدم اختصاصه، وإذا ما انتهى إلى عكس ذلك، حكم باختصاصه بنظر النزاع والفصل فيه.

هذا وما تجدر الإشارة إليه أن صياغة نص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصرى الحالى والذى أوجب على المحكمة القضائية التى يرفع إليها نزاع بوجود بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى قد جاءت

(١) عكس ذلك ولجس: د. مختار أحمد بريوى، المرجع السابق، ص ١٨.

مطلقة دون أن تقترب بأي قيد أو شرط، وذلك فيما عدا شرطا واحدا وهو أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل إبدائه أى مطلب أو دفاع فى الدعوى. فهل يستفاد من ذلك أن على المحكمة القضائية أن تقضى بعدم قبول الدعوى فى جميع الأحوال دون أن يكون من حقها فحص مدى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه؟

ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى القول بأن القاضى المصرى لكى يقضى بعدم قبول الدعوى يجب أن نكون بصدد اتفاق تحكيم صحيح، وذلك لأن مناط الحكم بعدم قبول الدعوى هو وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادى لهذا الاتفاق. فالقاضى لا يتخلى عن حقه فى التصدى لموضوع النزاع المطروح عليه، إلا إذا تبين أن اتفاق التحكيم الذى يتمسك به أحد الأطراف، هو اتفاق صحيح ومنتج لاثاره، أما إذا تبين أنه أمام اتفاق تحكيم باطل فإن له رفض الدفع بعدم القبول والتصدى لنظر موضوع النزاع والفصل فيه.

ونرى أنه على الرغم من أن نص المادة (١٣) المذكور قد جاء طليقا من هذا الشرط، بيد أنه من الممكن الأخذ بهذا الحل فى مصر استنادا إلى نص المادة الأولى من قانون التحكيم والتى نصت على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية ...» ومن الجدير بالذكر أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والتى انضمت إليها مصر، تأخذ بهذا الحل على نحو ما سبق أن رأينا.

مجمل القول: أنه يترتب على اتفاق التحكيم، كقاعدة، عدم اختصاص القضاء الوطنى بنظر المنازعات التى اتفق بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. وأن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد نصت على عدم اختصاص القاضى الوطنى بنظر المنازعات التى اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، سواء أكان النزاع قد رفع إليه قبل البدء فى إجراءات

(١) انظر: د. مختار أحمد بريوى، المرجع السابق، ص ٤٧، ص ٤٨.

التحكيم أو بعد ذلك. ولم تشترط لإعمال هذه القاعدة سوى توافر شرطين: الأول أن يتسكك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل الدخول فى الموضوع، والثانى أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً ومنتجاً لآثاره. وينسحب ذلك بالطبع على التحكيم فى إطار عقود البترول المبرمة بين الدول (أو الأجهزة التابعة لها) والشركات الأجنبية.

### المطلب الثانى

#### نطاق عدم الاختصاص القضائى

#### L'étendu de la compétence judiciaire

يترتب على اتفاق التحكيم من حيث المبدأ - على نحو ما رأينا - عدم اختصاص المحاكم القضائية الوطنية بالفصل فى المنازعات التى أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم، وذلك متى تسكك أحد الأطراف، أمام المحكمة المطروح عليها النزاع، بوجود اتفاق التحكيم، وكان هذا الاتفاق صحيحاً ومنتجاً لآثاره.

ولكن التساؤل الذى يثور هنا هو هل عدم الاختصاص القضائى عام وشامل، بمعنى أن المحكمة القضائية لا يجوز لها الفصل فى أى مسألة يمكن أن تنشأ بين الأطراف، وتتصل بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم، أم أن هذه المحكمة يظل لها، مع وجود اتفاق التحكيم، الاختصاص ببعض المسائل.

فى الواقع، إن عدم اختصاص المحاكم القضائية المترتب على اتفاق التحكيم ليس معناه ألا يكون لهذه المحاكم دوراً يمكن أن تؤديه فيما يتعلق بالنزاع الخاضع للتحكيم. ففى المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم، يكون لهذه المحاكم الاختصاص بالظعن ضد حكم التحكيم أو بطلب منح الحكم القوة التنفيذية والاعتراف به. بل وحتى قبل صدور حكم التحكيم، وهو ما يعنىنا هنا، تحتفظ المحاكم الوطنية ببعض الاختصاص فى أحوال متنوعة، سواء عند بدء الخصومة أو أثناء إجراءات التحكيم<sup>(١)</sup>.

(١) فى نفس المعنى انظر:

ويرجع السبب في ذلك إلى أن التحكيم يتخذ أساسه من اتفاق الأطراف، وأن المحكم، على خلاف القاضي الوطني، لا يمد من أجهزة الدولة ولا يمارس سلطة قضائية ممنوحة له منها، ولا يستمد ولايته واختصاصه من القانون، بل إن المحكم فرد عادي يستمد ولايته واختصاصه وسلطاته من اتفاق الأطراف. زد على ذلك أن المحكم يفترق إلى سلطة الأمر Imperium التي يحوزها قضاء الدولة، ومن ثم يكون المحكم في حاجة إلى مساعدة القاضي الوطني في أداء مهمته<sup>(١)</sup>.

ويمكن حصر الحالات التي يتدخل فيها القاضي منذ بدء إجراءات التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم فيما يلي:-

**الحالة الأولى:** تدخل القاضي الوطني في تشكيل محكمة التحكيم<sup>(٢)</sup>:

قد يتفق الطرفان، في اتفاق التحكيم، على المحكم أو المحكمين

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... J-CL, Dr. Int., fasc, 586-5-1, No. 75; DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, Op. Cit., P. 530.

وفي نفس المعنى، راجع، د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي .... المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) انظر في تدخل القاضي الوطني في تشكيل محكمة التحكيم:

SANDERS (P.), L'intervention du juge ..... Op. Cit., 238, Spec., P. 246, No. 7.; DROUILLAT (R.), L'intervention du juge dans la procedure arbitrale, Rev.Arb., 1980, P. 252, Spec, P. 255 Ets.; CAPATINA (O.), L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire internationale, clunet, P. 549, Spéc, P. 555 etS.; HOLTZMANN (H.M.), L'arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice internationale, Rev. Arb., 1978, P. 253, Spéc., P. 272 etS.; DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, Op. Cit., P. 521, Spéc., P. 533 etS.; BERTIN (Ph.), L'intervention des juridictions au cours de la procedure arbitrale, Rev. Arb., 1982, P. 331, Spéc. P. 334 etSS.

الذين سيتولون الفصل في موضوع النزاع، أو على الأقل، يبينان الطريقة التي سيتم على أساسها إختيار هذا المحكم أو هؤلاء المحكمين عند حدوث النزاع، وهو ما يحدث غالبا في عقود البترول على نحو ما سنرى عند دراسة مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفي هذه الأحوال، لن تكون هناك أى صعوبة فى تشكيل محكمة التحكيم، ومن ثم لن تكون هناك حاجة لتدخل القاضى الوطنى. وذلك إذا عمل الطرفان ما اتفقا عليه فى عقدهما.

بيد أنه قد يحدث أن لا يتفق الطرفان على المحكم الوحيد أو المحكمين الذين سيتولون الفصل فى النزاع، ودون أن يبيننا الطريقة التي يتم على أساسها إختيار هذا المحكم أو هؤلاء المحكمين عند حدوث النزاع بل وقد يحدث أيضا أن يستنع أحد الطرفين عن تعيين المحكم الذى ينبغي عليه تعيينه أو يفشل المحكمان المينان من قبل الطرفين فى الاتفاق على تعيين المحكم الثالث.

فى مثل هذه الحالات، ينبغي التفرقة بين فرضين: الفرض الأول عندما يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لدى مركز أو مؤسسة دائمة للتحكيم، كما لو اتفقا على أن يتم التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس مثلا. وفى هذا الفرض لن تثور أى صعوبة فى تشكيل محكمة التحكيم، حيث يتم تشكيل المحكمة وفقا لقواعد التحكيم السارية لدى مركز أو مؤسسة التحكيم التي اتفق عليها الطرفان.

والفرض الثانى عندما يتفق الطرفان على اتباع أسلوب التحكيم الحر Ad Hoc أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة. وفى هذا الفرض تبدو الحاجة إلى تدخل القاضى الوطنى ومساعدته فى تشكيل محكمة التحكيم.

وقد أجازت معظم التشريعات الحديثة للقضاء الوطنى التدخل

---

- وولجع أيضا، د. فوزى محمد سليم، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٢، ص ٢٨٨  
وملهمها: د. على رمضان بركات، المرجع السابق، ص ٢٢١ وملهمها.

للمساهمة في تشكيل محكمة التحكيم وتذليل العقبات التي تعترض تشكيلها. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم. فقد نصت المادة ٢/١٤٩٣ من هذا القانون على أنه: «بالنسبة للتحكيم التي تجري في فرنسا أو تلك التي اتفق الأطراف بصدها على تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي. إذا اصطلم تشكيل محكمة التحكيم بأية صعوبة كانت، يجوز للطرف ذي المصلحة - مالم يوجد اتفاق مخالف - اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية بباريس وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة ١٤٥٧» (١).

وكذلك أيضا القانون الأسباني الجديد بشأن التحكيم رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٨ - فقد نصت المادة (١/٢٨) من هذا القانون على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين، فإن إجراء هذا التعيين يتم بواسطة القضاء (٢).

ومن ذلك أيضا القانون الأيرلندي الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة ٢/١٠٢٧ من هذا القانون على أنه «إذا لم يتم تعيين المحكم أو المحكمين في خلال الميعاد المبين في الفقرة الثانية، يتم تعيين هؤلاء المحكمين بواسطة رئيس محكمة أول درجة بناء على طلب الطرف ذي المصلحة» (٢).

(١) في شرح هذا النص راجع:

BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op, Cit., P. 560 etSS. No. 640 etSS.

وحول دور رئيس المحكمة الكلية في تشكيل محكمة التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي والدولي راجع:

FOUCHARD (Ph.), La coopération du président ..... Op. Cit., P. 10 etSS.

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«Si les parties ne se mettent pas d'accord sur la désignation des arbitres, on procédera, à la demande de l'une des parties, à la mise en oeuvre judiciaire de l'arbitrage conformément aux règles établies aux articles suivants.

(٢) وقد نصت المادة ٢/١٠٢٦ من هذا القانون على أنه: «إذا لم يتفق الأطراف حول عدد المحكمين أو إذا لم تتخذ الطرق المتفق عليها لتحديد عدد المحكمين ولم يتفق الأطراف حول عدد دفع، يتم تحديد عدد المحكمين بواسطة رئيس محكمة أول درجة بناء على طلب الطرف ذي المصلحة».

ونفس الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الجديد لاقليم الكويت بكتنا،  
فقد نصت المادة ١/١٤١ من هذا القانون على أنه: «إذا لم يمين أحد  
الطرفين المحكم خلال الثلاثين يوما التالية لاختطاره بذلك من قبل الطرف  
الأخر أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين  
يوما التالية لتاريخ تعيينهما، كان للقاضي إجراء هذا التعيين بناء على طلب  
أحد الطرفين».

وقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: «إذا نشأت أية  
صعوبات في تنفيذ إجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها في اتفاق  
التحكيم، جاز للقاضي اتخاذ الإجراء اللازم لضمان إجراء هذا الاختيار بناء  
على طلب أحد الأطراف».

وعلى سعيد البلدان العربية، فقد أجازت التشريعات الحديثة الصادرة  
بشأن التحكيم تدخل القضاء الوطني بغية تذليل الصعوبات التي تترس  
تشكيل محكمة التحكيم، ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الجزائري الجديد  
للتحكيم الصادر في ٢٥ أبريل لسنة ١٩٩٢، وفقا لنص المادة ٤٥٨ مكرر ٢  
من هذا القانون يجوز للطرف ذي المصلحة في حالة عدم اتفاق الطرفين  
على تعيين المحكم أو المحكمين، أن يتوجه إلى القاضي المختص لإجراء هذا  
التعيين.

ويمكن أن نذكر من ذلك أيضا قانون دولة الإمارات العربية المتحدة  
الجديد للتحكيم، فقد نصت المادة ٢٠٤ من هذا القانون على أنه إذا لم يتفق  
الأطراف على إختيار المحكمين أو إذا امتنع محكم أو أكثر عن قبول  
مهمته، كان للمحكمة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع أن تتولى عملية  
تعيين المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف. ويكون حكم المحكمة  
الصادر في هذا الخصوص نهائيا<sup>(١)</sup>.

---

(١) في التعليق على هذا النص انظر:

EL - AHDAB (A.), La nouvelle loi sur l'arbitrage de  
l'États des Emirats arabes unis, Rev. Arb., 1993, P. 237  
et S.



ويمكن أن نذكر من ذلك أيضا القانون المصرى الجديد للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. فقد نصت المادة (١٧) من هذا القانون على تدخل المحكمة القضائية المختصة بناء على طلب أحد الطرفين فى حالة وجود أية صعوبات تترضى تشكيل محكمة التحكيم. وقد فصلت هذه المادة الحالات التى يجوز فيها لهذه المحكمة التدخل وهى إذا لم يتفق الطرفان على تعيين المحكم الوحيد إذا كانت محكمة التحكيم مشكلة من محكم واحد، أو امتنع أحد الطرفين عن تعيين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر. أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين أحدهما. وذلك فى الأحوال التى يجب أن تشكل فيها محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين. أو فى الحالة التى يستتبع أو يتخلف فيها النير عن أداء ما عهد به إليه الطرفان فى هذا الخصوص.

وتكاد تطابق المادة (١٧) من القانون المصرى، السالفة الذكر، فى سياقتها مع المادة (١١) من القانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى سنة ١٩٨٥. فقد نصت المادة (١١) من القانون النموذجى على تدخل المحكمة القضائية المختصة بناء على طلب أحد الطرفين فى حالة وجود أية صعوبات تترضى تشكيل محكمة التحكيم. وقد بينت الحالات التى يجوز فيها لهذه المحكمة التدخل. وهذه الحالات هى إذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تاريخ تعيينهما. وذلك فى الأحوال التى تكون فيها محكمة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، أو إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق بشأن اختيار المحكم الوحيد وذلك عندما تكون محكمة التحكيم مشكلة من محكم واحد، أو فى الحالة التى يتخلف فيها النير عن أداء ما عهد به إليه الطرفان فى هذا الخصوص.

مجمل القول أن القوانين الحديثة بشأن التحكيم قد أجازت للمضاء

الوطني التدخل في حالة وجود أية صعوبات تترض تشكيل محكمة التحكيم سواء أكان مصدر هذه الصعوبات ناشئ عن عدم اتفاق الطرفين على اختيار المحكم الوحيد أو إمتناع أحد الطرفين عن اختيار محكمه أو عدم اتفاق المحكمين المعيّنين من قبل الطرفين على اختيار المحكم الثالث أو امتناع الغير الذي عهد إليه الطرفان باختيار المحكم عن القيام بذلك. ولقد أجمعت هذه القوانين على أن هذا التدخل لا يتم إلا بناء على طلب الطرفين أو أحدهما على الأقل، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه للقيام بهذه المهمة.

#### الحالة الثانية: تدخل القاضي في مجال جمع وتقديم الأدلة:

سبق أن ذكرنا أن وظيفة المحكمة لا تتشابه تشابها مطلقا مع وظيفة القاضي. ويرجع السبب في ذلك إلى أن المحكم يستمد ولايته واختصاصه بنظر النزاع والفصل فيه من اتفاق الأطراف. وذلك على عكس القاضي الذي يستمد ولايته واختصاصه بنظر النزاع والفصل فيه من الدولة ذاتها التي يتقلد وظيفة القضاء باسمها. ولذلك فإن المحكم لا يتمتع بسلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي. ونظرا لافتقار المحكم لسلطة الأمر أو الإجبار، فإن الحاجة إلى تدخل القاضي الوطني ومساعدته تبدو ضرورية لازمة. أحيانا، أثناء إجراءات التحكيم، وعند البحث عن أدلة الإثبات.

وتفسير ذلك أن المحكم إذا كان يستطيع إصدار أوامره إلى أطراف التحكيم لتقديم المستندات التي في حوزتهم، بيد أنه لا يملك سلطة الأمر التي بمقتضاها يتم إجبار الطرف الممتنع على تقديم ما في حوزته من مستندات، وذلك عندما يرفض هذا الطرف تقديم هذه المستندات ويستمر في موقفه الرافض.

وكذلك الأمر، بل ومن باب أخرى، ليس من سلطة المحكم إجبار الغير (كل شخص، طبيعي أو معنوي، ليس طرفا في اتفاق التحكيم) على تقديم المستندات التي في حوزته إذا امتنع عن تقديمها أو إجبار الشاهد على الحضور أمامه للإدلاء بشهادته أو إجباره على أداء اليمين إذا ما رفض ذلك.

إن الأصل الاتفاقى للتحكيم يحرم المحكم من أى سلطة تجاه الغير. فالمحكم لا يجوز أى سلطة إلا فى مواجهة الأطراف فى اتفاق التحكيم. وفى مثل هذه الحالات، ليس هناك من سبيل سوى اللجوء إلى القضاء<sup>(١)</sup>.

هنا، وقد أجاز القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٨٥، والتشريعات الحديثة للتحكيم طلب تدخل السلطة القضائية ومساعدتها فى هذا المجال.

قصد نصت المادة (٢٧) من القانون النموذجى على أنه «يجوز لمحكمة التحكيم، أو لأى من الطرفين بموافقة محكمة التحكيم، أن تطلب من المحكمة المختصة فى الدولة المساعدة فى الحصول على الأدلة». ويجوز لهذه المحكمة أن تنفذ هذا الطلب فى حدود اختصاصها ومطبقاً لقواعدها المتعلقة بالحصول على الأدلة».

ويستفاد من هذا النص أن القانون النموذجى قد أجاز تدخل السلطة القضائية المختصة فى الدولة من أجل مساعدة محكمة التحكيم فى الحصول على أدلة الإثبات. وقد اشترط لهذا التدخل القضائى أن يتم بناء على طلب من محكمة التحكيم أو من أحد الطرفين بعد موافقة محكمة التحكيم. ومن ثم لا يجوز للسلطة القضائية التدخل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين بدون الحصول على موافقة محكمة التحكيم على ذلك. ويفصل القاضى فى طلب المساعدة المقدم من محكمة التحكيم، أو أحد الطرفين بعد موافقة محكمة التحكيم، وفقاً لقواعد قانونه الخاصة بالحصول على الأدلة.

(١) راجع فى ذلك:

VAN COMPERNOLLE (J.), L'arbitrage dans les relations commerciales: Questions de procedure, R.D.I.D.C., 1989, PP. 116 - 117.; LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres ....., Op. Cit., P. 307, No. 28.; DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, Op. Cit., P. 538.; HOLTZMANN (H.M.), Op. Cit., P. 276.

وراجع أيضاً: د- محمد نور شحاته، نشأة الاتفاقية للسلطات القضائية لتحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٠٢٢. د- فوزى سليم، المرجع السابق، ص ٢٩٩ ومطبوعاً: د- على بركات، المرجع السابق، ص ٢٨١ ومطبوعاً.

ومن التشريعات الحديثة التي أجازت لمحكمة التحكيم طلب مساعدة القاضى الوطنى فى الحصول على الأدلة، يمكن أن نذكر القانون الأسبانى الجديد للتحكيم الصادر سنة ١٩٨٨ - فقد نصت المادة ٢٧ من هذا القانون على أنه: «يجوز للمحكّمين طلب مساعدة قاضى محكمة أول درجة التابع لها مكان مقر التحكيم - وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى المادة ٤٣ - من أجل الحصول على أدلة الإثبات التى ليس فى مقدورهم الحصول عليها بأنفسهم»<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون الجزائرى الجديد للتحكيم لسنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ١١ من هذا القانون على أنه: «إذا كانت مساعدة السلطة القضائية ضرورية من أجل إقامة الدليل ... جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع محكمة التحكيم أو للطرف ذى المصلحة المرخص له من هذه المحكمة، أن يطلب مساعدة القاضى المختص طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر ٢. ويطبق القاضى فى هذا الشأن قانونه». وكما هو واضح من النص، لقد أجاز القانون الجزائرى للسلطة القضائية المختصة (طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر ٢) التدخل لمساعدة محكمة التحكيم فى الحصول على الأدلة، وذلك بناء على طلب محكمة التحكيم ذاتها أو الأطراف أو أحدهم بالاتفاق مع محكمة التحكيم.

والى جانب ذلك، لقد عاجبت العديد من التشريعات الحديثة الأخرى حالة تخلف أحد الشهود عن الحضور أو امتناعه عن الإدلاء بشهادته، وكذلك حالة امتناع الغير عن تقديم ما فى حوزته من مستندات، وأجازت للسلطة القضائية المختصة التدخل - بناء على طلب محكمة التحكيم أو الطرف ذى المصلحة بموافقة محكمة التحكيم - من أجل مساعدة محكمة التحكيم واتخاذ الإجراء اللازم فى هذا الشأن.

---

(١) والفرض هنا أن التحكيم يجرى فى إسبانيا.

ويمكن أن نذكر من ذلك، القانون الأيرلندي الجديد للتحكيم، فقد نصت المادة ٢/١٠٤١ من هذا القانون على أنه: «في حالة امتناع أحد الشهود عن الحضور بإرادته أو إذا حضر ورفض الإدلاء بشهادته، يجوز لمحكمة التحكيم أن ترخص للطرف الذي طلب شهادته أن يتوجه، في خلال المدة التي تحددها له محكمة التحكيم، إلى رئيس محكمة أول درجة من أجل انتداب قاضي تتم أمامه جلسة الاستماع إلى الشهادة».

ومن ذلك أيضاً، قانون إقليم الكيبك الجديد للتحكيم، فقد نصت المادة ٨/٩٤٤ من هذا القانون على أنه، عندما يرفض أحد الشهود الحضور أو يستنع عن الإجابة، بدون سبب مشروع، أو يرفض تقديم ما في حوزته من أشياء ذات فائدة للنزاع، جاز لأحد الأطراف، بعد موافقة المحكمين، أن يطلب من القاضي المختص إصدار الأمر بذلك.

ومن ذلك أيضاً قانون الإمارات الجديد بشأن التحكيم لسنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة ٢/٢٠٩ من هذا القانون على أنه: «... يوقف المحكم الإجراءات ويلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وذلك لأجل: أ - الحكم بالفرامة المنصوص عليها قانوناً على الشاهد الذي يمتنع عن الحضور أو الإجابة. ب - أن يأمر الفير بتقديم ما في حوزته من مستندات تكون ضرورية لإصدار حكم التحكيم...».

كما يمكن أن نذكر أيضاً القانون المصري الجديد للتحكيم، فقد نصت المادة ٢٧ من هذا القانون على أنه: «يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي: أ - الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية...».

ويؤخذ على هذا النص - في رأينا - أنه لم يضع حلولاً لكل المشكلات التي تثور بصدد جمع وتقديم الأدلة. ونرى أنه كان من الأفضل أن يضمن المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد نصاً يقضي بجواز

تدخل المحكمة المختصة لمساعدة محكمة التحكيم في الحصول على الأدلة، وذلك بناء على طلب محكمة التحكيم ذاتها أو بناء على طلب أحد الطرفين أو كليهما ما بعد موافقة محكمة التحكيم، وذلك على غرار القانون النموذجي (م ٢٧) وبعض التشريعات الحديثة للتحكيم مثل القانون الأسباني (م ٢٧) والقانون الجزائري (م ٤٥٨ مكررا ١١).

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القانون الفرنسي للتحكيم الدولي لم يتضمن نصا صريحا يجيز لمحكمة التحكيم أو للأطراف اللجوء إلى القاضي من أجل المساعدة في الحصول على الأدلة. كما لم يقدم حلا في الحالة التي يمتنع فيها أحد الشهود عن الحضور أمام المحكم أو يمتنع عن الإجابة. وكذلك في الحالة التي يمتنع فيها أحد الأطراف أو الغير عن تقديم مستند في حوزته. ومع ذلك، يرى الفقه (١) أنه، على الرغم من عدم وجود نص يجيز للمحكم طلب مساعدة القاضي في الحصول على مستند في حوزة الغير أو لإلزام الشاهد على الحضور والإدلاء بشهادته، فإنه لا يوجد ما يمنع أن يطلب المحكم من القاضي الفرنسي أن يأمر الغير بتقديم مستند في حوزته أو إلزام الشاهد على الحضور لأن مثل هذا الإجراء لا يتنافى مع وظيفة ومهمة القاضي.

**الحالة الثالثة: احتفاظ القاضي بالاختصاص بالإجراءات الوقفية والتحفضية (٢):**

يترتب على اتفاق التحكيم - كما سبق أن رأينا - أيا كانت

---

(١) راجع في ذلك:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc, 586-5-1, No. 82 - 83.

وراجع أيضا: د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٢) انظر في الإجراءات الوقفية والتحفضية والتحكيم الأبحاث الآتية:

KNOEPFLER (F.), et SCHWEIZER (Ph.), Les mesures provisoires et l'arbitrage, Revue de travaux du suisse, 1984, P. 221; MENDEZ (F.R.): Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev. Arb. 1985, P. 51; -

صورته. أثر سلبى يتمثل فى سلب ولاية واختصاص القضاء الوطنى بنظر النزاع أو المنازعات التى اتفق الطرفان بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. بيد أن هناك تساؤلا يمكن أن يثور هو هل هذا الأثر يمتد ليشمل الإجراءات الوقية والتحفظية المرتبطة بالنزاع أو المنازعات التى اتفق الطرفان بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. بحيث يختص المحكم باتخاذ الاجراءات الوقية والتحفظية المرتبطة بموضوع النزاع المعروض عليه. أم يظل للقاضى الوطنى. رغم الاتفاق على التحكيم. الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقية والتحفظية. أم ينمق الاختصاص بها لكل من القاضى والمحكم فى نفس الوقت.

بالاطلاع على العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. يمكننا أن نميز فى هذا الخصوص بين اتجاهين:

- 
- OUAKRAT (Ph.), L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires, étude générale, droit et pratique du commerce international, 1988, P. 239.; MARCHAIS (B.P.): Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage C.I.R.D.I., droit et pratique du commerce international, 1988, P. 273.; COUCHEZ (G.): Référé et arbitrage, Rev. Arb. 1986, P. 155.; GAILLARD (E.): Arbitrage commercial international, J-CL. dr. int., Fasc 586-8-2, No. 131 etSS.

وراجع بالمرية: د. سمية رشيد، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى ..... المرجع السابق، ص ١٤٠، بند ٧٤، التحكيم فى العلاقات ..... المرجع السابق، ص ٤٥٢ وملبهما، بند ٢٢٦ وملبمه: د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٦٩ وملبهما: د. حفيظة السيد الحصاد، مدى اختصاص القضاء الوطنى باتخاذ الإجراءات الوقية والتحفظية فى المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر للجلسى بالإسكندرية، ١٩٩٦: د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٢٩٤ وملبهما: د. على بركات، المرجع السابق، ص ٤٠٢ وملبهما، بند ١٦١ وملبمه.

الاتجاه الأول: ذهبت بعض التشريعات الوطنية إلى الاحتفاظ للقاضي الوطني - قاضي الأمور المستعجلة - بالحق فى اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية على الرغم من اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، وجعل هذا الحق مقصورا عليه وحده دون أن يكون من حق المحكمين اتخاذ مثل هذه الإجراءات أو أن يكون من حق الطرفين الاتفاق على منح المحكمين سلطة اتخاذها.

وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع اليونانى، فقد نصت المادة (١٨٥) من قانون الإجراءات المدنية على أن: «قضى الأمور المستعجلة هو المختص وحده باتخاذ الإجراءات الوقتية» ونصت المادة ١/٨٨٩ من هذا القانون على أنه: «لا يجوز للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بخصوص الإجراءات الوقتية. كما لا يجوز للمحكمين الأمر بالإجراءات الوقتية أو تعديل أو إلغاء أى إجراء وقتى سبق للقضاء أن يتخذه». يستفاد من هذين النصين أن السلطة التى تلك اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية - وفقا لقانون الإجراءات المدنية اليونانى - هى قاضى الأمور المستعجلة وحده. كما أنه لا يجوز لمحكمة التحكيم اتخاذ مثل هذه الإجراءات، ولا تلك سلطة تعديلها أو إلغاؤها بعد صدورها من القضاء المختص. وبالإضافة إلى ذلك، لا يجوز للأطراف الاتفاق على منح المحكمين سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ومن ثم يمكن القول بأن القاعدة التى تقضى باختصاص القضاء المستعجل وحده تعد من النظام العام، فى القانون اليونانى، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(١)</sup>.

الاتجاه الثانى: إهتمت غالبية التشريعات الوطنية الحديثة للتحكيم، وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية بتحقيق

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

FOUSTOUCOS (A.C.): L'arbitrage interne et ..... Op. Cit., P. 78, et SS, No. 112 - 113 et P. 212, No. 320.

ولنفس المؤلف راجع:

L'arbitrage international en Grèce, Op. Cit., PP. 29-30.



نوع من التوازن بين سلطة القاضى وسلطة المحكم فى شأن اتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفطية ومحاولة إيجاد نوع من التعاون بين كل منهما فى هذا الصدد.

فقد ذهبت بعض التشريعات إلى تقرير الاختصاص باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفطية للقضاء الوطنى. بيد أنها لم تجعل هذا الاختصاص مقصورا عليه وحده فأجازت للأطراف الاتفاق على منح محكمة التحكيم السلطة فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الأيرلندى لسنة ١٩٨٦. فقد نصت المادة ٢/١٠٢٢ من هذا القانون على أنه: «لا يمنع اتفاق التحكيم أحد الطرفين أن يطلب من القاضى المختص الأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية  
«....»

كما نصت المادة ١/١٠٥١ من هذا القانون على أنه: «... يجوز للأطراف الاتفاق على منح محكمة التحكيم أو رئيسها سلطة الفصل بسعة مستعجلة». ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: «على رئيس محكمة أول درجة. إذا طرح عليه طلب بإجراء مستعجل على الرغم من وجود مثل هذا الاتفاق وتسلك أحد الطرفين به أمامه. أن يقرر عدم اختصاصه وإحالة الطلب إلى إجراءات التحكيم المستعجل المتفق عليه  
«....»

حيث يستفاد من هذين النصين أن المشرع الأيرلندى وإن كان قد أعطى للقضاء الاختصاص باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفطية وذلك عندما أجاز لأحد الطرفين أن يطلب من القاضى المختص الأمر باتخاذ مثل هذه الإجراءات. إلا أنه لم يجعل هذا الاختصاص من النظام العام، بل أجاز للطرفين الاتفاق على اسناد الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات إلى محكمة التحكيم التى اتفق الطرفان على اللجوء إليها لنظر المنازعات التى تنشأ بينهما والفصل فيها. وأوجب على القضاء فى حالة وجود مثل هذا الاتفاق أن يقتضى بعدم اختصاصه فى الحالة التى يطرح عليه أحد الطرفين طلبا

بذلك، وأن يحيل المرفعين إلى قضاء التحكيم المستعجل المتفق عليه بين الطرفين.

وقد سار في نفس الاتجاه القانون المصري لسنة ١٩٩٤. فقد نصت المادة ١٤ من هذا القانون على أنه: «يجوز للمحكمة المشار إليها في البادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها».

كما نصت البادة ٢٤ من هذا القانون على أنه: «١ - يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيًا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به. ٢ - وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في البادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ».

حيث يستفاد من هذين النصين أن المشرع المصري وإن كان قد جمل للقضاء المصري من حيث الأصل الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، إلا أنه لم يجعل هذا الاختصاص مقصورا عليه وحده، بل أجاز للطرفين الاتفاق على اسناد هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم ذاتها المتفق عليها للفصل في موضوع النزاع<sup>(١)</sup>. وهذا يعنى أن اختصاص القضاء المصري بالإجراءات الوقائية والتحفظية لا يمتلئ بالنظام العام، بل يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته.

وفي الحقيقة إن هذه التشريعات التي عرضنا لها قد تأثرت بالقانون النموذجي الذي وضعت له لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة

(١) انظر في نفس المعنى: د. علي بركاته المرجع السابق، ص ٤١٤، بند ٤٢٠.

١٩٨٥. فقد أجاز هذا القانون للمحكمة القضائية المختصة أن تأمر بناء على طلب أحد الطرفين باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها دون أن يعد ذلك متعارضا مع اتفاق التحكيم (المادة ١). ولكنه أجاز في نفس الوقت لمحكمة التحكيم أن تأمر أيًا من الطرفين. بناء على طلب أحدهما. باتخاذ أي إجراء وقائي أو تحفظي تقدر أنه ضروري بالنسبة لموضوع النزاع. ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. كما أجاز لمحكمة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب. (المادة ١٧)(١).

كما أخذت بهذا الحل بعض قواعد التحكيم. فقد نصت المادة ٨/٨ من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: «يجوز للأطراف، قبل بدء إجراءات التحكيم وبصفة استثنائية بعد ذلك، أن يطلبوا من أي سلطة قضائية اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية. دون أن يعد هذا الطلب متعارضا مع اتفاق التحكيم...»(٢).

كما أخذت بهذا الحل الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي. فقد نصت المادة (٤/١) من هذه الاتفاقية على أن: «طلب الإجراءات الوقتية أو التحفظية الموجه إلى السلطة القضائية لا يجب اعتباره مخالفا لاتفاق التحكيم. ولا خضوعا للتبعية من حيث الموضوع للمحكمة القضائية». يتضح من هذا النص أن وجود اتفاق التحكيم لا يحول دون التقدم إلى الجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وقائي أو تحفظي. كما أن تقديم مثل هذا الطلب لا يجوز تفسيره على أنه نزول ضمنى من الطرف الذي

---

(١) في التطبيق على هذين النصين انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. Int., fasc. 586-5-2, No. 57 - 58.; GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. dr. int., Fasc. 586-8-2, No. 157.

(٢) راجع في التطبيق على هذا النص:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. int., fasc. 586-5-2, No. 74 - 77.; GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. int. Fasc. 586-8-2, No. 159 - 160.

قدمه عن عرض موضوع النزاع على التحكيم والرجوع به إلى القضاء الوطني<sup>(١)</sup>. وقد جاءت مياغة النص من المصموم بحيث يمكن القول بأنه يجوز التقدم بمثل هذا الطلب إلى القضاء المختص سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سير هذه الإجراءات<sup>(٢)</sup>.

في حين ذهب بعض التشريعات الأخرى إلى تقرير - من حيث المبدأ - اختصاص المحكمين باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، غير أنها لم تجعل هذا الاختصاص مقصورا عليهم وحدهم، بل أجازت للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى القضاء الوطني المختص لاتخاذ هذه الإجراءات.

ويمكن أن نذكر من ذلك القانون السويسري الصادر سنة ١٩٨٧. فقد نصت المادة ١٨٢ من هذا القانون على أنه: «١ - مالم يوجد اتفاق مخالف، يجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بناء على طلب أحد الطرفين. ٢ - إذا لم يخضع الطرف الصادر ضده الاجراء الوقتي أو التحفظي بمحض إرادته، يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص. وهذا القاضي يطبق قانونه. ٣ - يجوز

---

(١) انظر: د. حسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٩. بند ١٤٢، وفي التلحق على هذا النص انظر:

GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. int., fasc 586-8-2, No. 152.

(٢) لم تتضمن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ أي نص يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية. ومن ثم يثور التساؤل عما إذا كان للمحكمين الاختصاص، في ظل هذه الاتفاقية، باتخاذ هذه الإجراءات لم أن المحاكم الوطنية تظل هي صاحبة الاختصاص باتخاذها. يتجه الرأي للراجع فقها وقضاء إلى أن ذلك الإغفال من جانب اتفاقية نيويورك يدل على أن القضاء الوطني يظل مختصا باتخاذ هذه الإجراءات، وبالتالي يجوز للأطراف اللجوء إلى القاضي الوطني لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، دون أن يعد ذلك متعارفا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عنه.

راجع في ذلك: د. سمية راشد، التحكيم في علاقات ..... المرجع السابق، ص ٤٥٢. بند ٢٢٦، ومن أنصار هذا الرأي انظر:

GAILLARD: Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. dr. int., Fasc 586-8-2, No. 151.

لمحكمة التحكيم أو القاضى أن يعلق الأمر بالاجراءات الوقتية أو التحفظية المطلوبة على تقديم ضمان مناسب».

يتضح من هذا النص أن المشرع السويسرى قد جعل للمحكمين الاختصاص - من حيث البدء - باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. غير أن قرار المحكمين فى هذا الصدد ليس له القوة التنفيذية التى تكون للقرار الصادر من المحكمة القضائية. ولذلك إذا لم يشتمل الطرف الصادر ضده الإجراء الوقتى أو التحفظى، فليس أمام المحكمين سوى التوجه فى هذه الحالة إلى القاضى المختص بطلب مساعدته فى هذا الخصوص. ولا يكتفى القاضى بمجرد تنفيذ الأمر الصادر من محكمة التحكيم باتخاذ الإجراء الوقتى أو التحفظى. وإنما يصدر القاضى أمرا جديدا بهذا الإجراء وذلك فى الحدود المسموح له بها من قبل قانونه الوطنى. ويجوز لكل من القاضى والمحكم أن يعلق إصدار الاجراء الوقتى أو التحفظى المطلوب منه على تقديم ضمان مناسب من قبل الطرف طالب هذا الاجراء. كما يستفاد من هذا النص أيضا أن المشرع السويسرى لم يسند إلى المحكم، بموجب هذا النص، اختصاصا مقسورا عليه وحده، بل يجوز للطرفين الاتفاق على طلب الاجراءات الوقتية والتحفظية من المحكمة القضائية المختصة، وهذا هو معنى التيد الوارد بصدر الفقرة الأولى «المالم يوجد اتفاق مخالف»<sup>(١)</sup>.

وقد أخذ بنفس الحل القانون الجزائرى الصادر سنة ١٩٩٢. فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ٩ من هذا القانون على أنه: «المالم يوجد اتفاق

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

LALIVE (P.), POUDRET (J.F.), et REYMOND (C.), Op. Cit., PP. 360 - 369; KARRER (P.), Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale R.D.A.I., 1989, P. 768.; REYMOND (C.), la nouvelle loi Suisse et le droit de l'arbitrage, Rev. Arb., 1989, PP. 404 - 405.; BUDIN (R.), ... Op. Cit., PP. 58 - 59.; LALIVE (P.), et GAILLARD (E.) le nouveau droit ... Op. Cit., PP. 939 - 941.

مخالف، يجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، وذلك بناء على طلب أحد الطرفين. وإذا لم يخضع الطرف الصادر ضده الاجراء الوقتى أو التحفظى ببعض إرادته، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضى المختص والذي يطبق فى هذا الشأن قانونه الوطنى. ويجوز لمحكمة التحكيم أو القاضى أن يعلق الأمر بالاجراءات الوقتية أو التحفظية المطلوب منه الأمر بها على تقديم ضمان مناسب من قبل الطرف طالب الاجراء». ويبدو أن هذا النص مأخوذ حرفيا من نص المادة (١٨٢) من القانون السويسرى. ومن ثم يمكن القول بأن الشرع الجزائرى قد أخذ بنفس الحلول التى أخذ بها الشرع السويسرى فى هذا الشأن.

وقد أخذت بهذا الحل أيضا اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتى تم التوقيع عليها فى واشنطن سنة ١٩٦٥. فقد نصت المادة (٤٧) من هذه الاتفاقية على أنه: «المالم يوجد اتفاق مخالف للطرفين، يجوز لمحكمة التحكيم، إذا قدرت أن الظروف تقتضى ذلك، أن تأمر باتخاذ الاجراءات التحفظية التى تستهدف حماية حقوق الأطراف». وكما هو واضح من النص فإن الاتفاقية قد أجازت لمحكمة التحكيم، عند الضرورة، أن تأمر باتخاذ الاجراءات التحفظية المناسبة بهدف حماية حقوق الأطراف، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف. ومن ثم تكون الاتفاقية قد جعلت سلطة اتخاذ التدابير التحفظية من اختصاص محكمة التحكيم ذاتها.

بيد أن الاتفاقية قد علقت اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ هذه الاجراءات على عدم وجود اتفاق مخالف للأطراف. وهذا يعنى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد اختصاص محكمة التحكيم فى هذا الشأن واللجوء فى ذلك إلى السلطات القضائية المختصة.

ومما يؤيد وجهة النظر هذه، أن المادة (٥/٢٩) من لائحة تحكيم المركز الدولى قد نصت على أنه: «لا تمنع أحكام هذه المادة أن يطلب

الأطراف من أى سلطة قضائية أو لى سلطة أخرى أن تأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية سواء قبل بدء خصومة التحكيم أو أثناء سريانها من أجل حماية حقوق الأطراف ومصالحتهم المتبادلة»<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن اتفاقية البنك الدولي قد أعطت للمحكمن، من حيث المبدأ، الاختصاص باتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية، ولكنها قد أجازت للأطراف الاتفاق على استبعاد اختصاص المحكمن والالتجاء فى ذلك إلى السلطات القضائية المختصة.

وقد أخذت بعض لوائح التحكيم ذات الطابع المولى بهذا الحل. ويمكن أن نذكر من ذلك لائحة التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي، فقد اعترفت هذه اللائحة للمحكمن بالاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية من حيث المبدأ، وذلك ينصها فى المادة ١/٢٦ على أنه: «يجوز لمحكمة التحكيم أن تتخذ، بناء على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضروريا من إجراءات وقائية فيما يتعلق بموضوع النزاع...» إلا أنها أجازت للأطراف اللجوء إلى القضاء لطلب مثل هذه الإجراءات، وأوضحت أن مثل هذا الطلب لا يجب اعتباره متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق فى التمسك به وذلك ينصها فى الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إن الطلب الذى يقدمه أحد الطرفين إلى السلطة القضائية باتخاذ إجراءات وقائية لا يجب اعتباره متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق فى التمسك به».

(١) راجع:

DELAUME (G.), Le centre international ..., Op. Cit., PP.  
812 - 813; Vergopoulos - Michail (A.), Op. Cit., PP.  
540 - 544.

ومع المزيد من التفاصيل انظر:

MARCHAIS (B.P.), ... Op. Cit., P. 275 etSS; GAILLARD  
(E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL., dr. int., Fasc. 586-8-2.  
No. 153 etSS.

ولم يذكر النص ما إذا كان يجب تقديم طلبات الاجراءات الوقتية إلى القضاء الوطنى قبل اتصال محكمة التحكيم بالنزاع أم أنه يجوز تقديم مثل هذه الطلبات أثناء إجراءات التحكيم، وبناء عليه يمكن أن نخلص إلى أنه يجوز للأطراف، وفقا لأحكام هذه اللائحة، التقدم إلى القضاء بطلب اتخاذ إجراءات وقتية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها (١).

وقد أخذت بنفس الحل لائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، فقد نصت المادة ١/٢٢ من هذه اللائحة على أنه: «يجوز لمحكمة التحكيم، بناء على طلب أحد الطرفين، اتخاذ أى إجراء وقتى تراه ضروريا بالنسبة لموضوع النزاع...». ومع ذلك نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إن الطلب الذى يقدمه أحد الطرفين إلى السلطة القضائية باتخاذ إجراءات وقتية لا يجب اعتباره متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق فى التحكيم» (٢).

بعد هذا الموضع المتقدم لأثار اتفاق التحكيم، فإن السؤال الذى يثور هو هل هذا الاتفاق يتعارض مع الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة والأجهزة التابعة لها أم لا؟ هذا ما ستحاول الإجابة عنه فى البحث التالى.

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage — Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc. 588-5-2, No. 85.

(٢) انظر:

Rev. Arb., 1993, P. 486.



### المبحث الثالث

#### أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية

رأينا فيما سبق أن اتفاق التحكيم يترتب عليه أثران رئيسيان هما: أثر إيجابي يتمثل في منح المحكمين الاختصاص بالفصل في النزاع أو المنازعات موضوع اتفاق التحكيم. وبعبارة أخرى خضوع طرفي اتفاق التحكيم للسلطة القضائية للمحكمين. وأثر سلبي يتمثل في سلب اختصاص المحاكم القضائية من نظر هذا النزاع أو تلك المنازعات والفصل فيها. وأن هذا الأثر ليس له طابع عام وشامل، بل هناك حالات عديدة قد تتدخل فيها المحاكم القضائية سواء من أجل المساهمة في تشكيل محكمة التحكيم أو البحث عن الأدلة أو اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية.

وفي ضوء هذه الآثار التي تترتب على اتفاق التحكيم، يشور التنازل عما إذا كان اتفاق التحكيم يتعارض مع ما تتمتع به الدولة (والأجهزة التابعة لها) من حصانة قضائية وتنفيذية. وبالتالي يجوز لها التمسك بها أمام المحكمين أو المحاكم القضائية في الحالات التي يمكن أن تتدخل فيها، أم أن هذا الاتفاق، بالنظر إلى أن قوامه إرادة طرفيه، لا يتعارض مع الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة (والأجهزة التابعة لها). وبالتالي لا يجوز لها التمسك بها أمام المحكمين أو المحاكم القضائية أثناء نظرها بعض المسائل المتصلة بالتحكيم أو اتخاذها بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية.

للإجابة على هذا التنازل نعرض فيما يلي لأثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية. وأثره على حصانة الدولة التنفيذية. كل في مطلب مستقل.

## المطلب الأول

### الر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية

تعد الحصانة القضائية للدول من المبادئ المستقرة في القانون الدولي. وهو مبدأ مسلم به في مختلف دول العالم. ويوجد مصدره في العرف الدولي الراسخ. ولقد قننته الاتفاقية الأوربية التي تم التوقيع عليها في مدينة Bal في مايو سنة ١٩٧٢. والتي دخلت في حيز التنفيذ في عام ١٩٧٦. كما نصت على هذا المبدأ تشريعات بعض الدول. كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الأمريكي للحصانة الصادر عام ١٩٧٦. والتشريع الإنجليزي لعام ١٩٧٨<sup>(١)</sup>.

ولقد كان الاتجاه السائد في مختلف الدول حتى أوائل القرن العالي هو تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية المطلقة. فلم يكن من الجائز مطلقاً أن تخضع الدولة الأجنبية لمحاكم دولة أخرى في كافة المنازعات التي تكون طرفاً فيها.

غير أن مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للدول بدأ يتقلص بعد الحرب العالمية الأولى نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي، فلقد تزايد تدخل الدولة في المجال الخاص واتسع نشاطها التجاري والاقتصادي. وبدأ أنه ليس من العدل والانصاف أن يسمح للدولة بالتعامل مع الأفراد والدخول معهم في معاملات تجارية مع حرمان هؤلاء الأفراد في الوقت نفسه من الضمان الأساسي اللازم لحماية حقوقهم وهو حق اللجوء إلى القضاء الوطني. ولذلك أخذت الكثير من الدول تحيد تدريجياً عن مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للدولة. وقررت قصر هذه الحصانة على بعض الأنشطة التي تمارسها الدولة دون البعض الآخر<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر لستانا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، للقانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي والآثار المالية للأحكام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص

(٢) راجع في ذلك: د. فؤاد زياتر، د. سمية رشيد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٨٩-٢٩٠. د. إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ص

ففى فرنسا، أخذ القضاء الفرنسى بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة، وقصرها على أعمال السلطة العامة. فقد رفضت محكمة النقض الحصانة القضائية للممثل التجارى للاتحاد السوفيتى وذلك بحجة أن تصرفات هذه الهيئة ليست سوى تصرفات تجارية والتي يعد مبدأ سيادة الدولة أجنبيا بالنسبة لها. كما رفضت محكمة النقض الحصانة القضائية للدولة الترويجية بحجة أن التصرف محل النزاع، الذى أبرمته الدولة، تم لاشباع الحاجات الخاصة ومليقا للأشكال والطرق المتبعة فى مجال القانون الخاص. كما ألغت محكمة النقض حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ٢٩ يناير عام ١٩٥٧ والذى أخذ بالحصانة القضائية لدولة تركيا فى القضية التى ثارت بين وزير المالية التركى وشركة Bauer et Marchal. وفى هذه القضية، كانت الدولة التركية قد وقعت بصفتها ضامنة لقرض تعاقدت عليه مدينة Constantinople لتنفيذ أعمال عامة. وأحالت محكمة النقض القضية إلى محكمة استئناف Rouen والتى أصدرت فى ١٠ فبراير عام ١٩٦٥ حكما قضت فيه بأن: «الدولة التركية وقد ضمنت تنفيذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بواسطة مدينة Constantinople تكون قد أنجزت عملا يعد من أعمال القانون المدنى بطبيعته، كما أنها تصرفت باعتبارها فردا عاديا، وبالتالي تكون فكرة السلطة العامة بعيدة عن تعهدا هذا»<sup>(١)</sup>.

- الاختصاص القضائى .... المرجع السابق، ص ٩١، وأيضا د. حفيظة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى الخاص المولى، دار الفكر العلمى بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١٦٢.

(١) راجع فى ذلك كله مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الفرنسى:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 275 et S., No. 473 et S.

وراجع أيضا:

CARABIBER (Ch.), L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des États et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé, Rev. Arb., 1967, P. 49, Spec. P. 50 et S. et le concept des immunités de juridiction doit - il être révisé et dans quel sens?, clunet 1952, P. 440, Spéc. P. 444.

كما تبنى القضاء البلجيكي منذ بداية هذا القرن الحالي مبدأ الحصانة القضائية المقيّدة. فقد تبنت محكمة النقض البلجيكية التفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية وذلك فى حكمها الصادر فى ١١ يونيه لسنة ١٩٠٢. ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء البلجيكي على الأخذ بهذه التفرقة فى مجال الحصانة القضائية. فلقد قررت محكمة استئناف بروكسل أن البنك المركزى التركى لا يمكنه التمسك بالحصانة القضائية عندما يجب عليه أن يعول مبالغ مالية بالعملة البلجيكية مقابل بضائع استوردها إلى تركيا<sup>(١)</sup>.

كما سار على نفس النهج أيضا القضاء الإيطالى. فقد أخذت محكمة استئناف روما فى حكمها الصادر فى ٦ يونيه لسنة ١٩٢٨ بالتفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة. كما أصدرت محكمة النقض الإيطالية حكما فى ١١ سبتمبر عام ١٩٤٨ فى القضية التى ثارت بين حكومة بوليفيا والكونسرتيوم الإيطالى لساعة الطيران، اعترفت بموجبه بالحصانة القضائية للدولة الأجنبية ولكن فقط عندما تمارس هذه الدولة عملا من أعمال السلطة العامة، فى حين تخضع الدولة الأجنبية للقضاء الإيطالى عندما تنجز عملا من أعمال القانون الخاص<sup>(٢)</sup>.

وفى نفس الاتجاه يمكن أن نذكر أيضا القضاء الهولندى. ففى قضية Cabolent ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والتى تتلخص وقائعها

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء البلجيكي:

CARABIBER (Ch.), le concept des immunités ... Op. Cit., P. 444; L'arbitrage international et le problème de l'immunité ... Op. Cit., PP. 54 - 55; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 297, No. 505.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الإيطالى:

CARABIBER (Ch.), le concept des immunités ... Op. Cit., PP. 446 - 448; L'arbitrage international et le problème de l'immunité ... Op. Cit., P. 57 etS.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 297 etS., No. 506.

في أن الشركة الكندية سافير Saphir قد حصلت على حكم تحكيم صدر في ١٥ مارس عام ١٩٦٢ بواسطة القاضي Cavin قضى بأن تدفع الشركة الإيرانية مبالغ مالية متنوعة على أثر النزاع الناشء بمناسبة عقد امتياز بترول كان قد أبرم بين الطرفين. ولما كانت الشركة التروغ (سافير) قد تنازلت عن حقوقها إلى الشركة الأم، قامت هذه الأخيرة برفع دعوى أمام القضاء الهولندي مطالبة بالتضاء بصحة العجوز التحفظية التي تم توقيعها على الأموال المملوكة للشركة الإيرانية لدى النير. تمكنت الشركة الإيرانية أمام قضاء أول درجة بحصانتها القضائية. محكمة أول درجة، وبعد أن أكدت على مبدأ الحصانة المسلم به عموماً في القانون الدولي، وبعد أن أشارت إلى الاتجاه السائد في بعض الدول والذي يقصر هذا المبدأ على أعمال السلطة العامة، وبعد أن فحصت النظام القانوني للشركة الإيرانية، انتهت إلى أن الشركة الإيرانية بإبرامها عقد امتياز الترول محل النزاع قد تصرفت باعتبارها أحد أجهزة الدولة الإيرانية، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بعمل من أعمال السلطة العامة الذي يفلت بطبيعته من اختصاص قضاء دولة هولندا.

غير أن محكمة استئناف لاهاي قد ألغت هذا الحكم وطبقت نظرية الحصانة المقيدة. فقد قررت هذه المحكمة أن العقد المبرم بين الطرفين يتضمن، بصفة أساسية، شروطاً من شروط القانون الخاص، كما أنه قد أبرم بين طرفين يتمتعان بنظام قانوني متساو على الرغم من أن الشركة الإيرانية تحوز بعض سلطات القانون العام، ومن ثم فإن في إبرام الشركة الإيرانية لهذا العقد لم تصرف بمالها من حق السيادة *Jure imprii*. بل كشخص خاص<sup>(١)</sup>.

هذا ولقد أخذ القضاء المصري، منذ النصف الأول من هذا القرن، بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة. ومن الأحكام الشهيرة في هذا الصدد الحكم

(١) راجع مع المزيد من التفصيل حول موقف القضاء الهولندي:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 295 etS. No. 502 etS.

الذي أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ يونيو عام ١٩٤٢ في دعوى التعويض التي أقامها أحد المسافرين ضد حكومة الانتداب بفلسطين نتيجة إصابته بأضرار من جراء وقوع بعض الأمتعة على رأسه أثناء سفره بقطار مكة حديد فلسطين التي تديرها هذه الحكومة. وقد دفعت تلك الحكومة بالحصانة، بيد أن المحكمة رفضت هذا الدفع تأسيساً على أن الحكومة عند إدارتها للمسكك الحديدية لم تتصرف باعتبارها سلطة صاحبة سيادة، وإنما ظهرت بمظهر الفرد العادي الذي يتعين إخضاعه لولاية القضاء.

ومن الأحكام الحديثة نسبياً والتي أخذت ببدا الحصانة القضائية المقيدة، يمكن أن نذكر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٩ أبريل عام ١٩٨٦، والذي أكدت فيه المحكمة على أنه: «... إن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبني عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، إلا أنه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة وإنما تقتصر على الأفعال التي تباشرها الدولة الأجنبية بمالها من سيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما تنحصر عنه هذه الحصانة»<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك، لقد أخذت تشريعات بعض الدول الصادرة بشأن الحصانة القضائية ببدا الحصانة المقيدة. وأهم مثال يذكر على ذلك القانون الأمريكي بشأن الحصانات الأجنبية لعام ١٩٧٦ «Foreign immunities ACT 1976» والذي دخل في حيز التنفيذ في ١٩ يناير عام ١٩٧٧. فهذا القانون قد أخذ ببدا الحصانة القضائية المقيدة حيث استبعد من نطاق الحصانة القضائية الأنشطة التجارية التي تباشرها الدول الأجنبية<sup>(٢)</sup>.

(١) رابع في ذلك استاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي، ٠٠٠، المرجع السابق، ص ٩٢، هامش ٢٦.

(٢) انظر مع المزيد من التفصيل:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 282 et S. Spéc. P. 286,  
No. 487.

ومن ذلك أيضا القانون الإنجليزي بشأن حصانة الدولة الصادر عام ١٩٧٨ «State immunity Act 1978» والذي دخل في حيز التنفيذ في ٢٢ نوفمبر عام ١٩٧٨. فبعد أن نص هذا القانون على حصانة الدولة الأجنبية القضائية، استبعد من نطاق هذه الحصانة الأنشطة التجارية<sup>(١)</sup>.

كما كرست نظرية الحصانة القضائية المقيدة الاتفاقية الأوربية. والتي تم التوقيع عليها في مدينة Bal. بشأن حصانة الدول في عام ١٩٧٢. والتي دخلت في حيز التنفيذ منذ ١١ يونيو عام ١٩٧٦. فبعد أن أخذت الاتفاقية من حيث المبدأ بالحصانة القضائية للدول الأجنبية. نصت على عدة فروض لا يجوز فيها للدولة الأجنبية الاحتجاج بحصانتها القضائية أمام محاكم دولة أخرى. فطبقا لنص المادة (٧) من هذه الاتفاقية، لا يجوز للدولة الأجنبية الدفع بالحصانة عندما تمارس على إقليم دولة القاضي نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا بنفس الطرق التي يستخدمها الشخص العادي<sup>(٢)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجوز للدولة التنازل عن حصانتها القضائية. وكل ما يشترط لكي يحدث هذا التنازل أثره أن يكون واضحا ومزكيا لا لبس فيه ولا غموض. وقد يكون التنازل صريحا. وقد يكون ضميا يستفاد من اتباع الدولة مسلكا يتضح منه نزولها عن الحصانة القضائية كما لو قامت الدولة الأجنبية برفع الدعوى أمام القاضي الوطني. أو أنها لم تدفع في دعوى مرفوعة عليها بحصانتها القضائية. كذلك فإن النص في العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية على اختصاص محاكم دولة أجنبية بالنزاع يعد نزولا عن الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة الطرف في العقد<sup>(٣)</sup>. وهنا يتعين طرح التساؤل التالي: هل يعتبر قبول الدولة لإدراج شرط التحكيم في العقد تنازلا منها عن التمسك بحصانتها القضائية؟

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

Ibid, P. 292 et S., Spéc. PP. 293 - 294, No. 498.

Ibid, P. 298, No. 507.

(٢) راجع في ذلك:

(٣) راجع في ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي، ..... المرجع السابق، ص ١٢٥ - ١٢٦.

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التفرقة بين حالتين: حالة تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم، وحالة تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى.

الحالة الأولى: أثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام محكمة التحكيم:

يشور التساؤل عما إذا كان يجوز للدولة، على الرغم من اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم، التمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم.

يرفض الفقهاء - ممن تعرضوا لهذه المسألة - الاعتراف للدولة بالحق في التمسك بحصانتها القضائية أمام المحكمين، ويرون أن تمسك الدولة بهذه الحصانة أمام محكمة التحكيم لا قيمة له.

وقد برر فريق منهم<sup>(١)</sup> ذلك بالقول بأن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام قضاء التحكيم الذي قبلت ببعض إرادتها الخضوع له.

وقد ذهب فريق آخر<sup>(٢)</sup> منهم إلى القول بأن فكرة الحصانة القضائية

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P.91, No. 162.; CARABIER (Ch.), L'arbitrage International et le problème de l'immunité de ... Op. Cit., PP. 66 - 67.; Vedel: Op. Cit., P. 127.; GOLDMAN (B.), Not sous, Paris 12 Juillet 1984, clunet 1985, P. 145.; JACQUET (J-M.), L'État, opérateur du commerce International, clunet 1989, PP. 658 - 659.; REYMOND (C.), Souveraineté de l'Etat et ... Op. Cit., PP. 521 - 522.

(٢) انظر:

BOUREL (P.), Arbitrage international et immunités des Etats étrangers, À propos d'une jurisprudence récente., Rev. Arv., 1982, P. 119 etSS.



ذاتها لا محل للتسك بها أمام قضاء التحكيم. وذلك على أساس انعدام التوافق L'incompatibilité بين فكرة التحكيم وفكرة الحصانة القضائية. ويرجع انعدام التوافق إلى الأساس الذي تستند إليه الحصانة القضائية وإلى طبيعة نظام التحكيم ذاته في أن واحد. فالحصانة القضائية تقوم على مبادئ الاستقلال والاحترام المتبادل للقيادة والساواة بين الدول. وهذه المبادئ والتي تعد أساس الدفع بالحصانة القضائية لا محل لإعمالها أمام المحكمين. فإذا كان من المسلم به اليوم أن المحكمين يزاولون وظيفة قضائية حقيقية. بيد أن قضاء التحكيم يعد قضاءا خاصا. فالمحكم لا يمد مشلا لدولة بعينها ولا يعتبر من موظفيها، ولذلك فإن المحكم لا يستمد سلطة القضاء من الدولة. بل يستمدها من اتفاق الأطراف. وبالتالي فإن الدولة عندما تمثل بالحنور أمام محكمة التحكيم لا تخشى من أي مساس بسيادتها واستقلالها. وعلى ذلك انتهى هذا الجانب الفقهي إلى القول بأن فكرة الحصانة القضائية وفكرة التحكيم تستبعد كل منها الأخرى.

كما ذهب فريق ثالث<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه من الأمور التي تحمل بين طياتها التناقض الكامل أن يعترف بالحصانة القضائية للدولة. والتي تحرم الهيئة القضائية التي يتسك بها أمامها من سلطة القضاء أمام محكمة التحكيم على الرغم من أن محكمة التحكيم لا تستمد سلطتها القضائية إلا من تولية الأطراف لها.

مجل القول: أن الفقه في مجمله يرى أن الدولة التي تتفق على

- وفي نفس المعنى راجع:

EISEMANN (G.), La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev. Arb., 1975, P. 279, Spéc. P. 295.

وانظر أيضا د. حفيظة السيد العدل، الموجز في القانون القضائي ..... المرجع السابق، ص ١٧٠ - ١٧١، ونفس المؤلف: العقود المبرمة بين الدول ..... المرجع السابق، ص ٢٧٧.

JACQUET (J.-N.), Op. Cit., P. 659.

(١) انظر:

الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية لا يمكنها بعد ذلك أن تملك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم لم تتعرض لمآلة أثر اتفاق التحكيم على تملك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم. ومع ذلك، فإنه بالنسبة لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام ١٩٦٥، ذهب جانب من الفقه (١) إلى القول بأن الفرض الرئيسى لهذه الاتفاقية هو إقامة نوع من التوازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدولة الطرف فى النزاع، ولأجل تحقيق هذا الفرض، نصت الاتفاقية من ناحية أولى على أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولى لا يمكن الدول عنه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين (١/٢٥). كما نصت من ناحية ثانية على أن رضا الأطراف باللجوء إلى التحكيم فى إطار هذه الاتفاقية يعتبر وكأنه بمثابة تنازل عن اللجوء إلى أى طريق آخر لتسوية المنازعات (م ٢٦). وترتب على هذه الملحة الإنسانية Cette donnée de base نتيجة فى غاية الأهمية هى استحالة الاعتراض على اختصاص محكمة التحكيم المشكلة فى إطار المركز الدولى بالاستناد إلى الحصانة القضائية. فالدولة التى تقبل بمحض إرادتها أن تكون طرفاً فى خصومة تحكيم لدى المركز الدولى لا يمكنها - بدون مخالفة التزامها باخضاع النزاع للمركز الدولى - أن تحتسب خلف حصانتها القضائية للمنازعة فى اختصاص محكمة التحكيم. ففى إطار هذه الاتفاقية، فإن رضا الدولة بالتحكيم يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية من قبل هذه الدولة.

وإذا توجهنا ناحية أحكام التحكيم، نجد أن المحكمين يرفضون الدفع

(١) انظر:

DELAUME (G.R.), Le CIRDI et L'immunité ..., Op. Cit., P.

بالحماية القضائية الذي يتسك به أمامهم من قبل الدولة الطرف في النزاع. ويمكن أن نذكر من ذلك، حكم التحكيم التهديدي الصادر في القضية رقم ٢٣٢١ لعام ١٩٧٤<sup>(١)</sup>. ففي هذه القضية، نازعت الدولة في اختصاص المحكم بالفصل في النزاع المطروح عليه، مستندة في ذلك إلى حصانتها القضائية.

بيد أن المحكم والذي اتخذ من السويد مقرا له أصدر حكما تهديديا بشأن مسألة اختصاصه، قرر فيه أن فكرة الحصانة القضائية لا يعمل بها إلا أمام المحاكم القضائية. ولما كان المحكم لا يمد مثلا لدولة معينة ولا يمد من أجهزتها، كما أن سلطته في الفصل في النزاع تستند إلى اتفاق الأطراف المتنازعة، فإن المحكم يرى أن الحصانة القضائية لا محل لإعمالها بخصوص إجراءات التحكيم. وبناء عليه قرر المحكم أنه من غير اللازم أن يفحص مسألة التنازل عن الحصانة من قبل الدولة المعنية.

ويمكن أن نذكر أيضا حكم التحكيم التهديدي الصادر في القضية رقم ٢٨٧٩ في ٢٥ مارس لعام ١٩٨٤ في إطار غرفة التجارة الدولية<sup>(٢)</sup>. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كل من مصر، والسعودية، والإمارات، وقطر، قد أبرمت في ١٩ أبريل عام ١٩٧٥ إتفاقية تم بموجبها إنشاء الهيئة العربية للتصنيع Arab Organization For Industrialization

---

(١) انظر:

Sentence intermédiaire rendue dans l'affaire No. 2321, en 1974, clunet 1975, P. 938, obs. Y. Derains.

(٢) انظر:

Sentence préjudicielle du 25 Mars 1984, affaire No. 3879, westland helicopters united C/ Arab organization for industrialization, Emirats arabes unis, Royaume d'arabie saoudite, qatar, République arabe d'Égypte, Arab British Helicopters company (Egypte), clunet 1985, P. 232, Rev. Arb., 1989, P. 547.

وفي نفس المعنى انظر:

Sentence rendue à Paris le 16 Février 1983, Rev. Arb., 1986, P. 105. Spéc. 117 - 118.

بهدف تطوير صناعة التليخ لمصلحة هذه الدول. ولقد أبرمت الهيئة المذكورة مع الشركة الإنجليزية ويست لاند Westland للهليكوبتر عقدا بموجبيه تم إنشاء شركة مختلطة غرضها القيام بتصنيع وبيع الهليكوبتر من نوع «LYNX». ولأجل هذا الترض أبرمت الشركة الإنجليزية ويست لاند العديد من العقود مع هذه الشركة في ٢٧ فبراير عام ١٩٧٨. بيد أنه في ١٤ مايو عام ١٩٧٩، (إلى بعد اتفاقية كامب ديفيد بين مصر واسرائيل)، وبناء على قرارات القمة العربية التي عقدت في بغداد، قررت الدول الثلاث: السعودية، والإمارات، وقطر، إنهاء وجود الهيئة بدءا من أول يوليو عام ١٩٧٩ وتشكيل لجنة تصفيته، واعتبار كل العقود التي أبرمتها لاغية. على أثر ذلك، تقدمت الشركة الإنجليزية ويست لاند بعمية تحكيم إلى محكمة التحكيم التابعة لفرقة التجارة الدولية. ونظرا لتغيب الأطراف الأخرى عن المشاركة في إجراءات التحكيم، تم تشكيل محكمة التحكيم بمعرفة المحكمة لتابعة للفرقة.

ولقد حضر ممثل عن جمهورية مصر العربية أمام محكمة التحكيم ونازع في اختصاصها مستندا في ذلك على العديد من الأسباب من بينها الحصانة القضائية التي تتمتع بها ج.م.ع. كدولة.

محكمة التحكيم والتي اتخذت من جنيف بسويسرا مقرا لها أصدرت حكما تمهيديا بشأن اختصاصها أكدت فيه أنه وفقا للمفهوم السائد في سويسرا وغيرها، فإن إبرام اتفاق تحكيم يتضمن التنازل عن الدفع بالحصانة القضائية.

وفي نفس المعنى يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو Liamco ضد الحكومة الليبية في ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧ (١). ففي

Rev. Arb., 1980, Spéc. P. 145.

(١) انظر الحكم في:

إذ يذكر الحكم:

«un État peut toujours renoncer valablement à ses droits dits de souveraineté en signant un accord d'arbitrage et en demeurant alors lié par celui-ci»

هذه القضية، رفضت الحكومة الليبية المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها. بيد أن المحكم الوحيد الأستاذ محممانى رفض هذه الحجة مؤكدا على أن الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية وتوقع على اتفاق التحكيم وتظل ملزمة به.

خلاصة القول: انتهى الفقه في مجموعه، وكذلك أحكام التحكيم، إلى أن الدولة التي وافقت على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية لا يجوز لها الاحتجاج بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم.

وبناء عليه لو أن إحدى الدول المنتجة للبترول وافقت على إدراج شرط تحكيم، وهو القرض الشائع، في العقد المبرم بينها وبين إحدى شركات البترول الأجنبية لأجل استغلال ثرواتها بترولية فلا يجوز لها، فيما بعد، أن تتسك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم التي تشكل للنفل في النزاع الذي قد ينشأ بينهما بمناسبة هذا العقد.

### الحالة الثانية: أثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية:

قد يبدو غريبا للوهلة الأولى القول بتمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية ونحن بصدد الحديث عن التحكيم. بيد أنه لا غرابة في الأمر إذ أن المحاكم القضائية قد تتدخل في بعض الأحيان - على نحو ما رأينا - سواء لتشكيل محكمة التحكيم أو أثناء إجراءات التحكيم من أجل إقامة الأدلة أو اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية أو بعد صدور حكم التحكيم بمناسبة دعوى البطالين التي يرفضها أحد الطرفين ضد حكم التحكيم أو الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه من أجل شموله بالصفة التنفيذية. ففي مثل هذه الحالات، يثور التساؤل عما إذا كان اتفاق التحكيم يفيد تنازل الدولة عن الحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نفرق بين فرضين: الفرض الذي

تكون فيه الدولة ذاتها هي التي لجأت إلى القضاء الوطنى لدولة أخرى. وفى هذا الفرض لن تكون هناك أية صعوبات تذكر إذ أن التجاء الدولة إلى هذا القضاء يفيد التنازل الضمنى من جانبها عن التمسك بحصانتها القضائية(١).

غير أن الصعوبة تثور فى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر مع الدولة هو الذى لجأ إلى القضاء الوطنى. حيث يثور التساؤل فى هذا الفرض عما إذا كانت موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم تعد بمثابة تنازل ضمنى من قبلها عن التمسك بالحصانة القضائية؟

لقد أجابت الاتفاقية الأوربية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية لعام ١٩٧٢ على هذا التساؤل بالإيجاب، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١/١٢) من هذه الاتفاقية على أنه: «لو أن دولة متعاقدة قبلت كتابة بأن تخضع للتحكيم المنازعات التي نشأت من قبل أو التي يمكن أن تنشأ فى المسائل المدنية والتجارية، فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجرى على إقليمها التحكيم أو يجرى التحكيم وفقا لقانونها...». يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية تعتبر قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يفيد التنازل عن التمسك بحصانتها القضائية فى الدولة التى يجرى التحكيم وفقا لقانونها أو التى يجرى على إقليمها التحكيم(٢).

كما يتضمن القانون الإنجليزي الخاص بحصانة الدولة الأجنبية لعام ١٩٧٨ نصا مماثلا. فطبقا لنص المادة (٩) منه فإن التوقيع على شرط التحكيم أو إبرام اتفاق تحكيم يكفى لمنع الدولة من المطالبة بالاستفادة من الحصانة القضائية(٣).

BOUREL (P.), Op. Cit., P. 126.

(١) نظري:

(٢) راجع فى ذلك: Ibid, P. 130.

(٣) راجع:

CRAWFORD (J.), les États et L'exécution des sentences arbitrales dans les droits Américains et Anglais, Rev. Arb., 1985, P. 689, Spéc. PP. 699 - 700.

وإذا كان القانون الأمريكي للحصانات الأجنبية لعام ١٩٧٦ لم يتعرض صراحة لهذه المسألة بيد أن المناقشات البرلمانية التي سبقت إصدار هذا القانون تسمح بالرد على هذا التنازل بالإيجاب. حيث أن الاتفاق على إجراء التحكيم في إقليم دولة أخرى كان قد ذكر كمثال على التنازل الضمني عن الحصانة في المناقشات التي جرت في مجلس النواب<sup>(١)</sup>. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى. فإن القضاء الحديث في الولايات المتحدة الأمريكية يؤكد على أن الاتفاق على إجراء التحكيم في أي بلد كان يفيد التنازل عن الحصانة القضائية أمام القضاء الوطني لهذه الدولة<sup>(٢)</sup>.

أما في فرنسا. فإن هذه المسألة كانت محل خلاف في الفقه والقضاء.

فعلى الصعيد الفقهى. يمكننا أن نميز بين فريقين: فقد ذهب فريق من الفقه<sup>(٣)</sup>. إلى القول بأن الدولة بقبولها اللجوء إلى التحكيم. فإنها تكون

Ibid, P. 692.

(١) انظر:

(٢) راجع:

Ipitrade International S.A C/ Federal republic of Nigeria, 465 F Supp. 824 (DDC 1978); Libyan American Oil company C/Socialist people's Arab Jamahiriya. 482 F Supp. 1175. (DDC 1980). Cité Par: CRAWFORD (J.), Op. Cit., P. 692, Note 10 et 11.

(٣) انظر:

GOLDMAN (B.), Note sous Paris, le 21 Juillet 1984. clunet 1985, P. 142, Spec. P. 145.

حيث يقول:

«Nous pensons que la solution extensive est préférable, car en acceptant de se soumettre à l'arbitrage, L'État doit avoir, en bonne foi, accepte de se soumettre aussi à toutes les procédures étatiques qui lui sont liées: pourrait - on admettre, par exemple, qu'après avoir obtenu une sentence arbitrale lui donnant satisfaction, L'État tente de paralyser les voies de recours formées contre cette sentence devant les juridictions étatiques compétentes, en opposant son immunité de juridiction? -

بذلك قد تنازلت بالضرورة عن التمسك بالحصانة القضائية ليس فقط أمام المحكمين، بل أيضا أمام القضاء الوطنى الذى تطرح عليه أية مسألة تتعلق بالتحكيم. وذلك لأن الدولة بقبولها الخضوع للتحكيم، يجب وفقا لمبدأ حسن النية أن تكون قد قبلت أيضا الخضوع لكل الإجراءات القضائية المرتبطة بهذا التحكيم. فمن غير المقبول، مثلا، أن تحاول الدولة، بعد أن تكون قد حصلت على حكم تحكيم لصالحها، عرقلة الملعون التى تقدم ضد هذا الحكم أمام القضاء الوطنى المختص، متمسكة فى ذلك بحصانتها القضائية.

فى حين ذهب فريق آخر<sup>(١)</sup>، إلى القول بأن اتفاق الدولة على

---

- وفى نفس المعنى انظر:

RUZIE, Note sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970, J.C.P., 1971, 11, 16810.

إذ يقول:

« Il ne nous semble guère possible de dissocier la procédure arbitrale de celle de l'exequature qui est nécessaire pour parfaire le titre arbitrale. »

وأيضا:

DELVOLVÉ (J.-L.), Note sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970 et cours d'appel de Paris, 29 Janvier 1975, Rev. Arb., 1975, P. 328, Spéc. P. 337.; E. LOQUIN, Note sous Paris, 25 Novembre 1977, clunet 1979, P. 131, Spéc. P. 138.

(١) انظر:

BOUREL (P.), Op. Cit., P. 132 et SS.; KAHN (Ph.), Note sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970, clunet 1971, P. 131, Spéc. PP. 135 - 136.

وفى نفس الاتجاه انظر:

H. BATIFFOL, Note sous cassation, 5 Octobre 1965, Rev. Crit., 1967, P. 158, Spéc. P. 161.; EISEMANN (F.), La situation actuelle ..., Op. Cit., P. 286.; VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., P. 461 et S.

وأيضا: د. حفيظة السيد الصلاد، الموجز فى القانون القضاى ..... المرجع السابق، ص ١٧٢ - ١٧٣.



اللجوء للتحكيم لا يفيد بأن هذه الدولة قد تنازلت ضمناً عن التمسك بحصانتها أمام القضاء الوطني. وذلك على أساس أن تمتنع الدولة بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني هو البداية. وأن التنازل عن هذه الحصانة هو الاستثناء. ولذلك فإن هذا التنازل يجب أن يكون مؤكداً وواضحاً بدون لبس أو غموض. ولا يمكن القول بأن الاتفاق على التحكيم يكشف عن إرادة الدولة الضمنية في التنازل عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني. إن الشيء الوحيد المؤكد بالنسبة لاتفاق التحكيم هو أن الدولة قد قبلت بموجب هذا الاتفاق حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص بواسطة المحكمين. وبالتالي التنازل أمام عزلاء فقط عن الاستفادة بالتمسك بحصانتها القضائية. فاتفاق التحكيم لا يمكنه أن يحدث أثراً آخر غير ذلك الذي قصد الأطراف أن يصلوه إياه. والأثر الذي يترتب على اتفاق التحكيم هو استبعاد اختصاص المحاكم القضائية وإسناد الفصل في النزاع إلى المحكمين.

ويرى بعضهم<sup>(١)</sup> أن القول بأن اتفاق التحكيم يعد بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني يقوم على فكرتين محل جدل. الفكرة الأولى وتتمثل في أن قبول الدولة لاختصاص المحكمين يعد بمثابة تنازل من قبلها عن التمسك بالحصانة القضائية أمام المحكمين. هذا في حين أن الحصانة القضائية تعد فكرة غريبة عن التحكيم. إذ أن الأسس التي تقوم عليها الحصانة وهي مبدأ الاستقلال والمساواة بين الدول والتي تبرر التمسك بالحصانة لا محل لإعمالها أمام المحكمين. ومن ثم فإن نظرية التنازل عن الحصانة أمام المحكم والتي تمتد آثارها إلى القضاء الوطني، تعد نظرية هشة Fragile من أساسها.

أما الفكرة الثانية فتتمثل في النظر إلى منح القوة التنفيذية

---

(١) انظر:

P. MAYER, Note sous cassation, 18 Novembre 1986,  
Rev. Crit., 1987, P. 786, Spéc. PP. 788 - 789.

L'exequature على أنه بمثابة التكملة الضرورية لحكم التحكيم، والذي بدوره يكون حكم التحكيم ناقصاً. إن هذه الفكرة تتعارض مع النظر إلى التحكيم على أنه قضاء خاص مستقل وفعال بفضل الجزاءات الخاصة به. وحتى مع قبول أن حكم التحكيم بدون منحه القوة التنفيذية يمد حبراً على ورق ومعلوم من كل أثر، فلا يجب أن ننسى أنه يظل ممكناً، على الأقل من الناحية النظرية، اللجوء إلى المحاكم القضائية للدولة الطرف من أجل الحصول على القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

لما القول بأن الدولة التي تملك بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني تخالف مبدأ حسن النية، فهذا القول يفترض أن حكم التحكيم لا يكون له أي فائدة بدون الحصول على القوة التنفيذية له من محاكم دولة أخرى غير الدولة الطرف، وهو أمر تعسفي. بالإضافة إلى ذلك، إذا كان حسن النية يحظر على الدولة أن تملك بالدفع التي من شأنها جعل حكم التحكيم غير فعال على الرغم من قبولها التحكيم من حيث المبدأ، فإن هذا يستتبع الذهاب إلى حد القول بأن اتفاق التحكيم يفيد التنازل عن الحصانة التنفيذية. هذا في حين أنه من المسلم به أن التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه مطلقاً التنازل عن الحصانة التنفيذية.

ومع ذلك يرى بعض أصحاب هذا الاتجاه (١) أن اتفاق التحكيم قد يتضمن ما يكشف عن إرادة الدولة في التنازل عن حصانتها أمام القضاء الوطني. وبناء عليه، فإن القول بما إذا كان اتفاق التحكيم يفيد التنازل الضمني من قبل الدولة عن حصانتها أمام القاضى الوطنى من عدمه يتوقف على ظروف كل حالة على حدة. ويتولى القاضى الوطنى تقدير ما إذا كانت الدولة الأجنبية، بقبولها اللجوء إلى التحكيم، قد تنازلت أم لا عن الاستفادة من التمسك بحصانتها القضائية.

(١) نظري بصفة خاصة:

BOUREL (P.), Op. Cit., PP. 132 - 133.; KAHN (Ph.), Note  
Sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet  
1970, Op. Cit., PP. 135 - 136.

وعلى الصعيد التضائي، لم تعرض هذه المسألة على القضاء الفرنسي إلا بمناسبة شمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية. ولقد اتجه القضاء في بادئ الأمر إلى التأكيد على أن قبول الدولة الأجنبية لشرط التحكيم لا يعد مطلقا بمثابة تنازلا منها عن حصانتها القضائية<sup>(١)</sup>.

بيد أن القضاء قد عدل فيما بعد عن هذا الاتجاه. وأكد على أن توقيع الدولة الأجنبية على شرط التحكيم يفيد التنازل من قبلها عن الحصانة القضائية أمام المحكمين وكذلك حكم التحكيم الصادر عنهم، بما في ذلك إجراءات منع القوة التنفيذية والتي تعد لازمة وضرورية لكي يحصل حكم التحكيم على كامل قوته. وقد أكد القضاء الفرنسي هذا المبدأ في قضيتين من أشهر القضايا التي عرضت عليه في هذا الخصوص وهما: قضية الشركة الأوروبية للدراسات والمشروعات ضد يوغسلافيا، وقضية SOABI ضد السنغال. ونعرض فيما يلي لهاتين القضيتين بشيء من الإيجاز.

#### ١ - قضية الشركة الأوروبية للأبحاث والمشروعات ضد يوغسلافيا:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة الأوروبية للاتمان المقاري، والتي حلت محلها فيما بعد الشركة الأوروبية للأبحاث والمشروعات «la société européenne d'études et d'entreprises» أبرمت عقدا في ٢ يناير عام ١٩٦٢ تعهدت بموجبه بإنشاء خط سكة حديد في يوغسلافيا وإمداده بالتجهيزات اللازمة في مقابل مبلغ من المال في شكل سنوات يتم الوفاء بها في خلال اثني عشر عاما. قامت الشركة الأوروبية

(١) انظر:

- Cas. Civ., 5 Octobre. 1965, J.C.P., 1966, 11, 14831, Obs. Marc. Ancel. Rev. Crit., 1967, P. 158, note. H. BATIFFOL.
- Cass. Civ., 2 mars 1966, J.C.P., 1966, 11, 14831, Obs. N. Ancel.
- Tribunal civil de seine, 24 Mai 1961, J.C.P., 1961, 11, 12196, Obs. J.A.; Rev. Crit., 1962, P. 748.

بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها. وقامت يوغسلافيا بالداد حتى عام ١٩٦١، ثم توقفت عن الوفاء بقيمة السندات المستحقة عليها عقب إنتهاء الحرب العالمية الثانية. وعلى أثر ذلك، لجأت الشركة الأوربية للتحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في المقد.

وفي ٢ يوليو عام ١٩٥٦ أصدرت محكمة التحكيم حكما بإلزام الحكومة اليوغسلافية بدفع مبلغ يتجاوز ستة مليارات من الفرنك. وفي ١٠ أكتوبر عام ١٩٦٩، أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بباريس أمرا بشمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية. وهو ما سمح للشركة الأوربية بتوقيع الحجز التحفظي على الأموال المملوكة للحكومة اليوغسلافية لدى البنك الدولي للإنشاء والتعمير في ٢ مارس عام ١٩٧٠.

طلبت الحكومة اليوغسلافية من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس إلغاء الأمر الصادر في ١٠ أكتوبر عام ١٩٦٩ المذكور أعلاه. واستندت في ذلك إلى الحصانة القضائية والتنفيذية التي تتمتع بها. كما استندت إلى أن هذا الأمر يحمل ماسا بالنظام العام في فرنسا.

في ٨ يوليو عام ١٩٧٠ أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بباريس أمرين<sup>(١)</sup>: الأول أكد فيه، فيما يتعلق بالدفع بالحصانة القضائية، على أن «الدولة بتوقيعها على شرط التحكيم تكون بذلك قد قبلت التنازل عن الحصانة القضائية تجاه المحكمين وأيضاً تجاه حكم التحكيم الصادر عنهم بما في ذلك إجراءات منح القوة التنفيذية التي تعد ضرورية لكي يحصل حكم التحكيم على كامل قوته». كما أكد على أن الأمر بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم لا يعد من أعمال التنفيذ، بل مجرد عمل سابق على الإجراءات

---

(١) انظر:

Tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970  
(deux ordonnances), J.C.P., 1971, 11, 16810, Obs. D.  
Ruzié.; Rev. Arb. 1975, P. 328, Note. J.L. Delvolvé.;  
Clunet 1971, P. 131, Note. Ph. KAHN.

التنفيذية، ومن ثم فإن الأمر الصادر بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم لا يشكل ماسا بالحصانة التنفيذية التي تتمتع بها الدولة.

ومع ذلك، فإن رئيس المحكمة الابتدائية قد انتهى إلى إلغاء الأمر الصادر في ١٠ أكتوبر عام ١٩٦٩ بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم وذلك لمخالفته للنظام العام في فرنسا. وبناء عليه، أصدر الأمر الثاني بإلغاء العجز التحفظي الذي سبق وأن أجرته الشركة في ٢ مارس عام ١٩٧٠.

طلعت الشركة على هذين الأمرين المذكورين أمام محكمة استئناف باريس والتي أيدت هذين الأمرين في حكمها الصادر في ٢٩ يناير عام ١٩٧٤<sup>(١)</sup>.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض، قضت المحكمة في ١٤ يونيو عام ١٩٧٧ بإلغاء حكم محكمة الاستئناف السالف الذكر، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف Orleans والتي أيدت حكم محكمة استئناف باريس.

ولما عرض الأمر مرة أخرى على محكمة النقض قضت بإلغاء الحكم الأخير بموجب حكمها الصادر في ١٢ أكتوبر عام ١٩٨١. وأحالت القضية إلى محكمة استئناف Rouen والتي أصدرت حكماً في ١٢ نوفمبر عام ١٩٨٤<sup>(٢)</sup>. قضت فيه بصحة العجز التحفظي الموقع من قبل الشركة على الأموال المملوكة للحكومة اليوغسلافية لدى البنك الدولي للإنشاء والتعمير. وذلك بعد أن أكدت على عدم تمتع يوغسلافيا بالحصانة القضائية مستندة في ذلك على أن العقد موضوع النزاع لا يعد من قبيل أعمال السلطة العامة، بل يعتبر من عقود القانون الخاص.

(١) انظر:

Paris, 29 Janvier 1975, Rev. Arb. 1975, P. 328, Note.  
J.L. Delvolvé.

(٢) راجع في هذا الحكم والأحكام اللاحقة عليه:

Clunet, 1985, P. 473, Not. B. Oppetit; Rev. Crl., 1985,  
P. 658, Note. P. Mayer; Rev. Arb. 1985, P. 115, Not. J.L.  
Delvolvé.

ولما عرض هذا النزاع مرة ثالثة على محكمة النقض للفصل فيه، أصدرت حكما في ١٨ نوفمبر عام ١٩٨٦ (١) أكدت فيه على أن «الدولة الأجنبية، التي خضعت لقضاء المحكمين، بموجب توقيعها على شرط التحكيم، تكون بذلك قد قبلت أن يكون حكم التحكيم الصادر عنهم مشمولا بالصيغة التنفيذية».

وبهذا الحكم، وضعت محكمة النقض الفرنسية نهاية للنزاع الذي طال أمده، أمام المحاكم الفرنسية. كما أقرت المحكمة مبدأ الذي سبق وأن قرره رئيس المحكمة الابتدائية بباريس في الأمر الصادر منه في ٨ يوليو عام ١٩٧٠ السالف الذكر، والذي مفاده أن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم وقبولها الخضوع لقضاء المحكمين يفيد التنازل من قبلها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني.

ولقد أتاحت الفرصة مرة أخرى لمحكمة النقض للتأكيد على هذا المبدأ في قضية شركة SOABI ضد السنغال. وهي القضية التي نعرض لها الآن.

#### ٢ - قضية الشركة SOABI ضد السنغال:

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة الغربية الأفريقية للجلود الصناعية «Societe Ouest Africaine des Betons industriels» (SOABI) قد حصلت على حكم تحكيم صدر عن محكمة تحكيم مشكلة

(١) راجع،

Cass. Civ., 18 Novembre 1986, Rev. Crit., 1987, P. 786,  
Note. P. Mayer; Clunet, 1987, P. 120, Note. B. Oppetit;  
Rev. Arb. 1987, P. 149, Note. J.L. Delvolvé.

إن ذكرت أن:

«En souscrivant une clause compromissoire, L'État  
etranger, qui S'est Soumis à la juridiction des arbitres a,  
par là - même, accepté que leur sentence puisse être  
revêtue de l'exequature».

فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فى ٢٥ فبراير عام ١٩٨٨ بالزام دولة السنغال بدفع العديد من البالغ لصالحها لتمويضها عن الأضرار التى لحقت بها من جراء فسح المقد المبرم بينهما بالإرادة المنفردة من جانب دولة السنغال. كما استطاعت الشركة أن تحصل على أمر بشمول هذا الحكم بالقوة التنفيذية من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس فى ١٤ نوفمبر عام ١٩٨٨.

طلعت دولة السنغال على هذا الأمر أمام محكمة استئناف باريس والى أصدرت فى ٥ ديسمبر عام ١٩٨٩ (١) حكما قضت فيه بألغاء الأمر بشمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية المذكور أعلاه. وذلك بالتطبيق للمادة ١٥٠٢/٥ من قانون المرافعات بشأن التحكيم. والى تجيز الطعن فى القرار الصادر بالاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه يتعارض مع النظام العام. حيث قررت محكمة الاستئناف أن الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة الأجنبية تعد فى فرنسا مبدأ عاماً، وأنه لا يمكن استبعادها إلا على سبيل الاستثناء عندما تكون الأموال الواجب التنفيذ عليها مخصصة من قبل هذه الدولة لنشاط تجارى واقتصادى من أنشطة القانون الخاص.

ولما كانت الشركة المستفيدة لم تتم باثبات أن التنفيذ سيتم على أموال مخصصة من قبل الدولة لنشاط تجارى واقتصادى. فإن تنفيذ حكم التحكيم سيصلط مع النظام العام الدولى وبالتالي يتعين رفض طلب القوة التنفيذية.

طلعت الشركة على هذا الحكم أمام محكمة النقض. والى أصدرت

(١) راجع:

Paris, 5 Décembre 1989, Rv. Crit., 1991, P. 121, Note.  
ZIADÉ; clunet 1990, P. 141, Note. E. Gaillard; Rev. Arb.  
1990, P. 164, Note. A. Broches.

حكما في ١١ يونيو عام ١٩٩١<sup>(١)</sup> قضت فيه بإلغاء حكم الإستئناف المذكور أعلاه. وأكدت فيه على أن «الدولة التي قبلت الخضوع لقضاء التحكيم تكون قد قبلت في نفس الوقت أن يسلط حكم التحكيم بالقوة التنفيذية والتي لا تشكل في حد ذاتها عملا من أعمال التنفيذ الذي يمكن التمسك بصدده بالحصانة التنفيذية للدولة المعنية».

ونحن نزيد الأخذ بالرأي الذي ذهب إلى اعتبار قبول الدولة أو تجهزتها اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة تنازل منها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني عندما تطرح عليه أية مسألة تتعلق بالتحكيم أو بالنزاع المتفق على اللجوء إلى التحكيم بشأنه. لأن القول بغير ذلك معناه أنه لا جدوى من الأخذ بنظام التحكيم في مجال المعاملات التي تبرم بين الدول أو الأجهزة التابعة لها والأشخاص الخاصة الأجنبية. حيث يصبح من غير الممكن اللجوء إلى القضاء الوطني لتذليل الصعوبات التي تترسب تشكيل محكمة التحكيم عندما يستعج أحد الطرفين عن تعيين محكمه أو يتنذر على المحكمين المعيّنين من قبل الطرفين عن التوصل إلى اتفاق بشأن تعيين المحكم الثالث مثلا. كما يصبح من السهل أيضا اللجوء إلى القضاء لمساعدة محكمة التحكيم في الحصول على الأدلة. وبالتالي تصبح النصوص التشريعية وغيرها التي تجيز للقضاء الوطني التدخل في مثل هذه الحالات. مجرد حبر على ورق. وعبث لا فائدة منه عندما تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا في التحكيم.

(١) رابع:

Cass. Civ., 11 Juin 1991, Rev. Arb. 1991, P. 637, Note.  
A. Broches; Clunet 1991, P. 1005, Note. E. Gaillard.

إن قضت بقه:

«L'État étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par là - même, accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exequature lequel ne constitue pas, en lui - même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'État considéré».



أما القول بأن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا يفيد بأنها قد تنازلت ضمناً عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني. لأن التنازل يجب أن يكون مؤكداً وواضحاً. فمن غير الممكن التسليم به. إذ أنه من المعلوم مقدماً للدول والأجهزة التابعة لها عند اتفاقها على التحكيم أن التشريعات الوطنية. والاتفاقيات الدولية. وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. تجيز للقضاء الوطني - دون أن تميز بين ما إذا كانت الدولة طرفاً في التحكيم أم لا - التدخل في بعض الأحيان، على سبيل المثال للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم أو في الحصول على الأدلة. كما أنه من المعلوم أيضاً أن القضاء الوطني في الدولة مقر التحكيم هو المختص بدعوى البطلان التي ترفع ضد حكم التحكيم بعد صدوره. وبناء عليه، يبدو لنا أن اتفاق الدولة أو أحد أجهزتها على أن يكون مقر التحكيم في الخارج أو أن يتم في إطار مركز تحكيم يتبع مقره في دولة أجنبية أو تتفق على تطبيق قواعد تحكيم أو قانون أجنبي يجيز للقضاء الوطني التدخل في بعض الأحيان، بعد بمثابة تنازل ضمني من قبلها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني.

## المطلب الثاني

### أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية

إلى جانب الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة تجاه القضاء الوطني لدولة أخرى، هناك نوع آخر من الحصانة تتمتع بها الدولة. ويعرف هذا النوع الأخير بالحصانة التنفيذية Immunité d'exécution.

وعلى الرغم من الصلة الوثيقة بين كل منهما، فإن الحصانة التنفيذية لا تعتبر أثراً ولا نتيجة للحصانة القضائية. فالحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون مشول الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى لما في ذلك من انتهاك لاستقلال الدولة وسيادتها. بينما الحصانة التنفيذية تهدف إلى الحيلولة

دون اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى ضد الدولة لما يتطوى عليه من تهديد لاستقرار الحياة الدولية<sup>(١)</sup>.

وبالنظر لاستقلال كل من فكرتى الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية، فإن تنازل الدولة عن الحصانة القضائية لا يعتبر تنازلاً عن حصانتها التنفيذية. وهو الحل الذى تبنته معاهدتا فيينا لسنة ١٩٦١، وسنة ١٩٦٢<sup>(٢)</sup>. ولقد استقر القضاء الفرنسى على الأخذ بهذا الحل، ففى الأمر الصادر من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس فى ٨ يوليو عام ١٩٧٠<sup>(٣)</sup>، بعد أن أكد القاضى على أن الدولة الأجنبية بتوقيعها على شرط التحكيم تكون بذلك قد تنازلت عن حصانتها القضائية، أكد أيضاً على أن «التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه مطلقاً التنازل عن الحصانة التنفيذية». فالقاضى لم يذهب إلى حد تقرير أن التنازل عن الحصانة القضائية يمتد أيضاً إلى الحصانة التنفيذية، بل لقد قرر، على العكس، أن التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه التنازل عن الحصانة التنفيذية.

كما أخذت بهذا الحل محكمة إستئناف باريس، ففى حكمها الصادر فى ٢١ أبريل عام ١٩٨٢<sup>(٤)</sup> أكدت المحكمة على أن «تنازل الدولة الإيرانية عن حصانتها القضائية لا يترتب عليه مطلقاً التنازل عن حصانتها التنفيذية. ومن ثم فإن تنازل إيران عن الحصانة القضائية لا أثر له على صحة الحجز التحفظى المتنازع فيه».

(١) انظر: د. حنيفة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى ..... المرجع السابق.

ص ١٧٤ - ١٧٥.

(٢) راجع لتألفنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائى ..... المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٣) انظر هذا الأمر (سبقت الإشارة إليه ص ١٢٨) حيث يقول:

«La Renonciation à l'immunité de juridiction n'entraîne nullement renonciation à l'immunité d'exécution».

(٤) انظر:

Paris, 12 Avril 1982, Rev. Arb. 1982, P. 204 et S.

في يذكر أن:

«La prétendue renonciation par l'État étranger à son immunité de juridiction N'impliquerait nullement une renonciation correlative à son immunité d'exécution».

وقد ظلت الحصانة التنفيذية التي تتمتع بها الدولة ضد إجراءات التنفيذ مطلقة لفترة طويلة حيث كان يتم التمسك بها دائما لمنع تنفيذ أى حكم يصدر بإدانة الدولة. وكان يبرر هذه الحصانة المطلقة فداحة الاضرار التي تنجم عن التنفيذ الجبرى للحكم الصادر ضد الدولة. على سعي العلاقات الدولية. هنا بالإضافة إلى أن من شأن هذا التنفيذ المساس بسيادة الدولة واستقلالها. بيد أن هذه الحصانة المطلقة بدأت تهتز نتيجة الإنتقادات التي تعرضت لها فى مختلف الدول. لأنه من غير المقبول أن تبقى الأحكام الأجنبية عديمة القيمة لمجرد أنها صادرة ضد الدولة كما أنه مما يتعارض مع حسن النية أن يواجه التعامل مع الدولة العقبة تلو الأخرى فبعد أن يتخطى الحصانة القضائية، ويحصل على حكم يواجه بعقبة جديدة هي الحصانة التنفيذية<sup>(١)</sup>.

ولذا أصدرت بعض الدول تشريعات تقيد من الحصانة التنفيذية للدولة بعد أن ظلت سنوات طويلة تأخذ بالحصانة المطلقة. فقد أخذ قانون الولايات المتحدة الأمريكية الصادر بشأن حصانة الدول الأجنبية عام ١٩٧٦ يبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة. وقد فرق هذا القانون بين الإجراءات التحفظية *Les mesures conservatoires* والإجراءات التنفيذية *Les mesures d'exécution*. وحظر اتخاذ أى إجراء تحفظى ضد الدولة وفروعها مالم يوجد تنازل صريح من قبلها. بينما أجاز التنفيذ على أموال الدولة وفروعها إذا كانت هذه الأموال مخصصة للنشاط التجارى الذى قامت عليه المطالبة القضائية. وبنى هذا أن القانون الأمريكى يشترط لاستبعاد الحصانة التنفيذية توافر شرطين هما: الأول أن يكون النشاط محل النزاع نشاطا تجاريا. والثانى أن توجد صلة وثيقة بين الأموال المراد التنفيذ عليها والنشاط التجارى محل المطالبة القضائية<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتب الأولى، الإختصاص القضائى ..... المرجع السابق، ص ٩١١ - ٩١٢.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 312 etS. No. 527 etS.

CRAWFORD (J.), Op. Cit., P. 693 etS.

كما أخذ التشريع الإنجليزي بشأن الحصانة الصادر عام ١٩٧٨ بالحصانة التنفيذية المقيدة، حيث أنه أجاز التنفيذ على الأموال المملوكة للدولة إذا كانت هذه الأموال مستخدمة في الأغراض التجارية. وبعبارة أخرى، فإن هذا القانون استبعد من نطاق الحصانة التنفيذية الأموال المستخدمة أو التي تكون مخصصة للاستخدام في أنشطة تجارية<sup>(١)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا القانون لم يتطلب لاستبعاد الحصانة التنفيذية أن توجد صلة ما بين النشاط التجاري محل النزاع والأموال المراد التنفيذ عليها، بل يكتفى فقط بأن تكون هذه الأموال مستخدمة، لحظة التنفيذ عليها، في أغراض تجارية، كما أجاز هذا القانون اتخاذ الإجراءات التحفظية على الأموال المملوكة ضد فروع الدولة، في المقابل، لم يسمح هذا القانون باتخاذ هذه الإجراءات ضد الدولة ذاتها، حتى وإن كانت الأموال المملوكة لها مستخدمة في أنشطة تجارية<sup>(٢)</sup>.

ولقد اتجه القضاء الفرنسي إلى الأخذ بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة. ومن أهم الأحكام التي تذكر في هذا الصدد، الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في ٢١ أبريل عام ١٩٨٢<sup>(٣)</sup>. ففي هذا الحكم أكدت المحكمة على أن «الحصانة التنفيذية ليست مطلقة وأنه يمكن استبعادها على سبيل الاستثناء عندما يكون المال المحجوز عليه مخصصاً من قبل الدولة الأجنبية لتنفيذ عملية تجارية محضة سواء بواسطة الدولة ذاتها أو بواسطة هيئة أنشأتها الدولة لهذا الغرض».

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية بمبارات مرادفة، على نفس المبدأ الذي أرسته محكمة الاستئناف في حكمها المذكور أعلاه، ففي حكمها الصادر

(١) راجع:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 315 et S., No. 534 et S.

CRAWFORD (J.), Op. Cit., P. 700 et S.

Rev. Arb., 1982, P. 204.

(٢) انظر:

(٣) راجع الحكم منشور في:

في ١٤ مارس لسنة ١٩٨٤ (١) في الملحق الذي أقامته أمامها شركتا Eurodif et Sofidif ضد حكم محكمة الاستئناف السابق الذكر. أكدت محكمة النقض على أن «الحصانة التنفيذية التي تتمتع بها الدولة الأجنبية تعد مبدأ. ومع ذلك يمكن استبعاد هذه الحصانة على سبيل الاستثناء وذلك عندما يكون المال المحجوز عليه مخصصا لنشاط اقتصادي أو تجاري من أنشطة القانون الخاص الذي يمكن أن يكون محلا للمطالبة القضائية». ولقد أتاحت الفرصة لمحكمة النقض للتأكيد على نفس المبدأ في عدة قضايا أخرى (٢).

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز للدولة التنازل عن حصانتها التنفيذية. وكل ما يشترط لكي يحدث هذا التنازل أثره أن يكون واضحا ومؤكدا. وقد يكون التنازل عن الحصانة سريعا وقد يكون ضمينا (٣). وهنا يثور التساؤل التالي: هل يعتبر الاتفاق على التحكيم بمثابة تنازل من قبل الدولة عن حصانتها التنفيذية التي تتمتع بها أمام القضاء الوطني بمناسبة اتخاذ الإجراءات الوقية أو التحفظية أو إجراءات التنفيذ؟ بعبارة أخرى، إذا كان شرط التحكيم يعد بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التسك بالحصانة

---

(١) انظر الحكم منشور في:

Cass. Civ., 14 Mars 1984, Rev. Arb. 1985, P. 69, Note.  
G. Couchez, Clunet 1984, P. 598, Not. B. Oppetit; Rev.  
Crit., 1984, P. 644, Note. Bischoff.

إذ يذكر الحكم أن:

«L'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe. toutefois, elle peut être exceptionnellement écartée, il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice».

(٢) انظر:

- Cass. Civ., 1 Octobre 1985, Rev. Crit., 1986, P. 527, Note. B. Audit.
- Cass. Civ., 20 Mars 1989, Rev. Arb. 1989, P. 653, Note. Ph. Fouchard.

(٣) راجع في ذلك: د. حفيظة السيد الحداد، الحرجز في القانون القضائي .....  
للمرجع السابق، ص ١٧٨ وما بعدها.

القضائية ليس فقط أمام قضاء التحكيم، بل أيضا أمام القاضى الوطنى لدولة أجنبية، فهل يمتد هذا التنازل ليشمل أيضا الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة ضد الاجراءات الوقتية والتحفظية أو اجراءات التنفيذ؟

أجاب جانب من الفقه (١) على هذا التساؤل بالنفى، مؤكداً على أن اتفاق التحكيم لا يفيد فى ذاته قبول تنفيذ حكم التحكيم. فاتفاق التحكيم موضوعه الوحيد هو إسناد تسوية النزاع إلى محكمة التحكيم. فهذا الاتفاق يعبر عن خضوع الأطراف لمحكمة التحكيم، ويتوقف دوره عند هذا الحد. والقول بغير ذلك يتعارض مع استقلال كل من فكرتى الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية.

ومع ذلك يرى هذا الجانب الفقهى أن رفض النظر إلى اتفاق التحكيم على أنه بمثابة تنازل من قبل الدولة عن الحصانة التنفيذية لا يعنى أن التنازل عن الحصانة التنفيذية يعد أمراً غير ممكن، بل إن الأمر بكل بساطة هو أن قبول الدولة بموجب شرط التحكيم لاختصاص محكمة التحكيم لا يعنى أن هذه الدولة قد ارتضت بذلك الخضوع لسلطان القضاء الوطنى فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم. فخضوع الدولة للقضاء الوطنى يصعد تنفيذ حكم التحكيم لا يمكن استخلاصه إلا من خلال نص خاص وارد فى اتفاق التحكيم يعبر، ولو ضمناً، عن إرادة مؤكدة وغير غامضة للدولة فى هذا المعنى. وفى غياب هذا النص، فإن الدولة تظل محتفظة بالاستفادة من حصانتها التنفيذية، لأن تنازل الدولة عن هذه الحصانة أمر لا يمكن افتراضه.

ولقد تبنت وجهة النظر هذه محكمة إستئناف باريس فى

(١) انظر:

BOUREL P.), Op. Cit., PP. 138 - 139; en même sens: B. Oppetit, Note sous Paris, 21 Avril 1982, Clunet 1983, P. 145, Spéc. PP. 151 - 152.

وأيضاً: د. حنيطة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضاى ....، المرجع الملق.

حكمها الصادر في ٢١ أبريل عام ١٩٨٢<sup>(١)</sup>. وتتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أن إيران وهيئة الاستثمارات والمساعدات الاقتصادية والفنية الإيرانية وهيئة الطاقة النووية الإيرانية، طعن أمام محكمة استئناف باريس في الأمر الصادر من رئيس المحكمة التجارية بباريس في ٢١ ديسمبر عام ١٩٧٩ والذي رفض طلبهم برفع الحجز التحفظي Saisi - Conservatoire الذي تم توقيعه في ٢٩ - ٢٠ أكتوبر عام ١٩٧٩ بواسطة الشريكين Eurodif et Safidif على الأموال المملوكة لإيران لدى لجنة الطاقة النووية والدولة الفرنسية، وذلك بناء على الأمر الصادر من نفس المحكمة في ٢٤ أكتوبر عام ١٩٧٩.

ولقد تمسك الطرف الإيراني أمام محكمة الاستئناف، من بين ما تمسك به، بأن النص على شرط التحكيم مع تبني لائحة غرفة التجارة الدولية لا يفيد التنازل عن الحصانة تجاه القضاء الوطني. في حين تمسكت كل من الشريكين Eurdif et Sofidif، من بين ما تمسكت به، بأن لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية ترخص للأطراف بأن يطلبوا من السلطات القضائية الوطنية اتخاذ الإجراءات التحفظية، وأن الدولة الإيرانية بتبنيها هذه اللائحة، تكون قد قبلت بذلك اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

محكمة استئناف باريس في حكمها المذكور أعلاه أكدت على أنه لا يمكن قبول أن النص على شرط التحكيم يتضمن في حد ذاته التنازل عن الحصانة التنفيذية. فهذا التنازل لا يمكن استخلاصه إلا من التصرفات المعبرة بشكل واضح عن إرادة الدولة في التنازل<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر هذا الحكم منشور في:

Clunet 1984, P. 145, Note. B. Oppelit; Rev. Arb. 1982, P. 204, Spéc. P. 209 etS.

(٢) تقول المحكمة بالفرنسية أن:

«On ne peut davantage admettre que la stipulation d'une clause compromissoire implique par elle - même une renonciation à l'immunité d'exécution, laquelle ne peut résulter que d'acts manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer».

كما رأَت المحكمة أنه من غير المناسب التمسك بالمادة (٥/٨) من لائحة تحكيم الغرفة والتي تجيز للأطراف أن يطلبوا من أى سلطة قضائية اتخاذ الاجراءات الوقائية أو التحفظية دون أن يعتبر ذلك متعارضا مع اتفاق التحكيم. إذ أن هذا النص غرضه الوحيد هو تفادي أن يشكل اتفاق التحكيم عقبة فى استخدام الاجراءات التحفظية التى ينص عليها القانون، وليس الغرض منه الخروج على الحصانة التنفيذية التى يمكن أن يتمتع بها أحد الأطراف.

كما استبعدت المحكمة أيضا التمسك بالمادة (٢٤) من لائحة تحكيم الغرفة والتي تنص على أن يتعهد الأطراف، بموجب إخضاعهم النزاع للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، بتنفيذ حكم التحكيم الذى يصدر ويتنازلوا عن كل طرق الملغى التى يجوز لهم التنازل عنها. مقدرة أن هذا النص يعد بمثابة تعهد بالخضوع الاختيارى لحكم التحكيم والاعتراف بقوته الملزمة. بيد أنه لا يتضمن أى إشارة إلى الحصانة التنفيذية التى من المحتمل أن يتمتع بها أحد الأطراف. ومن ثم فإن هذا النص لا يجب أن ينظر إليه على أنه يتضمن تنازلا عن حق لا يدخل ضمن موضوعه.

هذا ولقد أقر بعض الفقهاء (١) التفسير الذى قبعته محكمة الاستئناف لنص المادة (٥/٨) السابق الذكر. فقد أكد هؤلاء أن الاعتراف بقدرة الطرف المتعاقد مع الدولة على طلب الإجراءات الوقائية والتحفظية أمام القضاء الوطنى لا يمكن تفسيره على أنه بمثابة خروج على الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة الطرف.

بيد أنهم قد انتقدوا، وبحق، التفسير الذى اعطته هذه المحكمة لنص المادة ٢/٢٤ السابق الذكر، وذلك من ناحيتين: فمن ناحية أولى إن المحكمة بقولها إن النص لا يتضمن أى إشارة إلى الحصانة التنفيذية، يبدو أنها



تتطلب للتنازل عن الحصانة أن يكون صريحا. هذا في حين أن القضاء لا يشترط في التنازل أن يكون صريحا، بل يكفي أن يكون التنازل ضمنيا. ومن ناحية ثانية، فإن المحكمة قدرت أن التمسك بالخضوع الاختياري لحكم التحكيم والاعتراف بقوة الملزمة لا يعد تمسكا بالتنفيذ، فإذا يعنى إذن التمسك بالتنفيذ؟ (٢).

ونحن نتفق مع الجانب الفقهي السالف الذكر - وكذلك حكم محكمة الاستئناف المذكور أعلاه - في أن اتفاق الدولة أو أحد أجهزتها على اللجوء إلى التحكيم لا يعد في حد ذاته بمثابة تنازل منها عن التمسك بحصانتها التنفيذية. بيد أننا لا نتفق مع ما ذهب إليه محكمة الاستئناف من حيث تفسيرها لنس المادة (٥/٨)، والمادة (٢/٢٤) السالف الإشارة إليهما، ونرى أن اتفاق الدولة على أن يجرى التحكيم وفقا لقواعد تحكيم معينة أو قانون وطني معين يتضمن نفاذا يجيز للقاضي الوطني أن يأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية. أو نفاذا يتعهد الأطراف بمقتضاء بتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، يعد تنازلا ضمنيا من الدولة عن التمسك بحصانتها التنفيذية. كذلك الأمر، عندما يتضمن اتفاق التحكيم نفاذا بهذا المعنى.



General Origin:

his Library (COAL)

(١) انظر

BOUREL (P.), Op. Cit., P. 140, S Opettit, Note Sous  
Paris, 21 Avril 1982, Op. Cit., P. 162.



## **الباب الثاني**

### **القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع**

إذا ما ثار النزاع بين الأطراف وتم تشكيل محكمة التحكيم التي تتولى الفصل فيه، فإنه يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يثور التساؤل أيضا عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وفي ضوء ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين:

**الفصل الأول: نتناول فيه مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.**

**الفصل الثاني: ونعرض فيه لمسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.**



## الفصل الأول

### القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

إن مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليست مسألة نظرية محضة، بل تعتبر ذات أهمية حيوية من نواح عدة. فمن ناحية إن هذا القانون يزود الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل ذات الطبيعة الاجرائية التي تثار أثناء خصومة التحكيم Instance Arbitrale مثل تبادل المذكرات، والمواعيد، وساع الشهود ... الخ.

ومن ناحية ثانية فإذا كان من الصحيح أن معظم الأنظمة القانونية تطلق تدخل المحاكم القضائية للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم على مقر التحكيم فحسب، كما هو الحال بالنسبة للقانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخامس (المادة ٢/١٧٦)، فإن بصر القوانين الوطنية تعلق ذلك التدخل على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. من ذلك القانون الفرنسي إذ ينص على أن اختصاص المحاكم الفرنسية لحسم السموعات التي تعترض تشكيل محكمة التحكيم يعتمد ليس فقط على وجود مقر التحكيم في فرنسا، بل أيضا على اختيار القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وذلك استنادا عن مقر التحكيم (المادة ٢/١٤٩٣) (١).

ومن ناحية ثالثة فإن هناك بعض القوانين الوطنية تعلق جنسية التحكيم وما إذا كان وطنيا أم أجنبيا، وبالتالي طرق الطعن في حكم التحكيم والاعتراف به وتنفيذه، على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة للقانون الألماني (٢). كما أن هناك بعض القوانين

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

GAILLARD (E.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL. Dr. int., fasc. 586-8-1, N° 3 et S.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

VAN COMPERNOLLE (J.), Op. Cit., PP. 101 et 102.

الوطنية تعلق مسألة تسبب حكم التحكيم على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. كما هو الحال بالنسبة للقانون المصرى المحالى للتحكيم<sup>(١)</sup>.

وتثور مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أمام المحكم. كما قد تثار أيضا أمام القاضى الوطنى وذلك عندما يطلب منه الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أو يطلع فيه أمامه بالبطان بحجة أن هذا الحكم قد صدر من محكمة تحكيم لم تشكل طبقا للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو صدر بناء على إجراءات لم تكن مطابقة لهذا القانون.

وتتطلب دراسة مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى عقود البترول أن نتعرف أولا على المبادئ السائدة فى شأن تحديد القانون. واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بسمة عامة، ثم نبحث بعد ذلك فى مدى انطباق هذه المبادئ على إجراءات التحكيم فى عقود البترول. وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول ونتعرف فيه على المبادئ السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. والمبحث الثانى ونبين فيه مدى انطباق هذه المبادئ على إجراءات التحكيم فى عقود البترول.

---

(١) حيث تنص المادة (٢/١٢) من هذا القانون على أنه: «يجب أن يكون حكم التحكيم ميبا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم».

## المبحث الأول

### المبادئ، السائدة في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة عامة

حظيت مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم باهتمام  
الفقه، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة  
الدولية، والقوانين الوطنية الحديثة. ونعرض أولا لموقف الفقه، ثم  
للاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأخيرا للقوانين  
الوطنية الحديثة الصادرة بشأن التحكيم، كل في مطلب مستقل.

## المطلب الأول

### موقف الفقه

أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم خلافا  
في الفقه. ويمكننا في هذا السدد أن نميز بين اتجاهين: الأول: يتمثل في  
إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، والثاني: يتمثل في  
إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة المستقلة. ونعرض فيما يلي لهذين  
الاتجاهين.

أولا - الاتجاه القائل بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون مقر  
التحكيم:

La loi du siège arbitral

ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن القانون واجب التطبيق على

---

(١) نظري:

NIBOYET: traité de droit international privé Français,  
tome VI, Le conflit des juridictions, Sirey, 1950-, P.  
134, N° 1981.

وفي نفس الاتجاه:

BARTIN (E.): Principes de droit international privé, selon  
la loi et la jurisprudence Françaises, Paris, 1930, P.  
606, N° 218.

إجراءات التحكيم هو قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم. مبررين ذلك بقولهم إن المحكم إنما يقيم العدالة في الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم، وإقامة العدالة تنبثق دائما عن سيادة الدولة. فكل دولة هي التي تبين في أي الحالات ووفقا لأية شروط يجوز للمحكمين أن يقيموا العدالة على إقليمها. ويتزعمون الاختصاص من محاكمها القضائية.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه في حالة انعقاد جلسات التحكيم في أكثر من دولة، فإنه يجب الاعتماد بالدولة التي عقدت فيها محكمة التحكيم جلساتها بصفة رئيسية، وخصوصا الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. وفي الحالة التي يحدد فيها الأطراف الدولة التي يجب أن يجرى على إقليمها التحكيم، ينبغي على المحكمين أن يتغنوا من هذه الدولة مقرا للتحكيم، وإلا كان حكم التحكيم غير صحيح.

وقد أيد الأستاذ سوزرهل Hall - Sauser وجهة النظر هذه، في تقريره الذي قدمه إلى مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا سنة ١٩٥٢<sup>(١)</sup>. فقد ذهب الفقيه إلى أنه يجب عند تحديد القانون واجب التطبيق على التحكيم في مجال المعاملات الخاصة، الأخذ في الاعتبار الطبيعة المختلطة لهذا النظام وكونه من طبيعة اتفاقية وقضائية في آن واحد. وبناء على الطبيعة التعاقدية وطبقا لنظرية المؤشرات La théorie des indices. يجب إسناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الإقليمية الأكثر وثاقة به. وهذه الدولة هي بكل وضوح تلك التي يجب أن يجرى على إقليمها التحكيم.

ولأجل المزيد من الإيضاح، ذهب صاحب هذا الرأي إلى القول بأنه وفقا للطبيعة التعاقدية للتحكيم فإن للأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على التحكيم في مجموعه. ولكن مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة

(١) انظر:

SAUSER - HALL (G.): Op. Cit., 1952, P. 522 et 1957, P. 394.



القضائية للتحكيم. فاتفاق التحكيم مثله فى ذلك مثل اختيار قضاء أجنبى *Une élection du for étranger*. فكما يجوز للأطراف فى ممارستها لإرادتهم اختيار قضاء أجنبى، ولأن هذا الاختيار يكون من شأنه تطبيق القواعد الإجرائية والنصوص الآمرة فى قانون دولة القاضى المختار، كذلك الأمر بالنسبة للتحكيم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة، حيث يجوز للأطراف تحديد الإجراءات واجبة الاتباع أمام المحكمين أو يتركوا لهؤلاء تحديدها، ولكن مع مراعاة القواعد الآمرة فى الدولة مقر التحكيم والتى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(١)</sup>.

وترتبطاً على ذلك، انتهى صاحب هذا رأى إلى أنه يجوز للأطراف، وفقاً لبدأ استقلال الإرادة، تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات. فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون بلد معين بدون تحديد مكان التحكيم فإنه يتعين تفسير إرادتهم المشتركة على أنها قد اتجهت إلى اختيار مكان التحكيم فى البلد الذى تم اختيار قانونه ليحكم الإجراءات. كما أنه يجوز للأطراف تحديد المكان الذى تنعقد فيه محكمة التحكيم دون تحديد القانون الواجب التطبيق. وفى هذا الفرض فإن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التى تم اختيارها كمقر للتحكيم. وفى الفرض الذى لا يتفق فيه الأطراف على مقر التحكيم ولا على القانون الذى يحكم الإجراءات، فإنه يجب أن يستخلص من ذلك أن الأطراف قد اتفقوا على أن يتركوا للمحكمين أنفسهم تحديد المقر الذى تنعقد فيه محكمة التحكيم، ويكون القانون واجب التطبيق هو القانون النافذ فى البلد المختار من قبل المحكمين كمقر للتحكيم<sup>(٢)</sup>.

وقد واجه صاحب هذا رأى الفرض الذى يعقد فيه المحكمون

---

(١) انظر:

SAUSER - HALL (G.), Op. Cit., 1952. P. 530 et SS. et  
1957, P. 402 et ss.

Ibid, 1952, P. 535.

(٢) انظر:

جلسات التحكيم فى عدة دول. وذهب إلى أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الأطراف قد اتفقوا على البلد مقر التحكيم أم لا. وفى الحالة التى يتفق فيها الأطراف على مقر التحكيم، وهو الفرض الغالب، فلن يشير تحديد القانون واجب التطبيق أدنى مشكلة، حيث يكون هذا القانون هو قانون الدولة التى اختارها الأطراف كمقر للتحكيم، وذلك حتى لو عقد المحكمون جلسات التحكيم فى أكثر من دولة. وكذلك الأمر إذا ترك الأطراف للمحكمين اختيار مقر التحكيم، لأن وجود مثل هذا الاتفاق معناه القبول الصريح والمسبق من قبل الأطراف للمكان الذى يختار بواسطة المحكمين كمقر للتحكيم، والتزام ضمنى من قبلهم بالخضوع للقانون الذى ينتج عن هذا الاختيار<sup>(١)</sup>.

وفى الحالة التى لا يتضمن فيها اتفاق التحكيم أى بيان بشأن مقر التحكيم، فإن ذلك معناه - وفقاً لهذا رأى - أن الأطراف قد اسندوا للمحكمين مهمة تحديد هذا المقر وبالتالي تحديد القانون واجب التطبيق. ويكون مقر التحكيم فى هذا الفرض فى البلد الذى تنعقد فيه الجلسة الأولى. ويكون قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق<sup>(٢)</sup>.

وفى حالة مزاولة إجراءات التحكيم بالبراسة، يكون مقر التحكيم هو موطن المحكم الثالث. وإذا كانت محكمة التحكيم مشكلة من محكم وحيد، فإنه يجب اعتبار موطنه مقراً للتحكيم<sup>(٣)</sup>.

وخلص صاحب هذا رأى إلى أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على الإجراءات هو الحل الذى يحقق توازن بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة التضائية لنظام التحكيم الدولى الخاص.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجمع القانون الدولى قد أخذ

Ibid, 1957, P. 406.

(١) انظر:

Ibid, 1952, PP. 539 - 541.

(٢) انظر:

Ibid, 1957, P. 407.

(٣) انظر:

بهذا الاتجاه فى التوصيات التى أصدرها فى دور انعقاده بامستردام سنة ١٩٥٧ (١).

وقد تعرض هذا الاتجاه لانتقادات شديدة. فقد ذهب رأى (٢) إلى القول بأن المحكم لا يقيم العدالة باسم الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم، فهو لا يعد من أجهزة الدولة ولا يتلقى منها سلطة الفصل فى النزاع. ويكفى للتدليل على ذلك أنه لا توجد أى دولة تعتبر التحكيم تمهيرا عن إرادتها السيادية.

وذهب رأى ثان (٣) إلى أنه إذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية، إلا أنه لا يزال وظيفة عامة لأنه يصدر العدالة بصفة خاصة وليست عامة. وبالتالي لا توجد أية صلة وثيقة بين ممارسته لوظيفته والبلد الذى يجرى على إقليمه التحكيم. فهناك فارق بين إصدار العدالة بواسطة المحاكم الوطنية فى الدولة، وإصدار العدالة بواسطة المحكمين فى نفس الدولة. وبناء عليه يكون للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق وفقا للمصلحة التعاقدية أو المصلحة القضائية للتحكيم. فالمصلحة القضائية للتحكيم لا تقتضى تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم، كما أن النظام التعاقدى يبدو مغفلا حيث يستند القانون واجب التطبيق على معطيات موجودة سلفا منذ لحظة إبرام اتفاق التحكيم، فى حين أنه وفقا لمعيار مقر التحكيم قد لا يكون القانون واجب التطبيق محددًا حتى لحظة إصدار حكم التحكيم.

وذهب رأى ثالث (٤) إلى أن الاتجاه القائل باخضاع الاجراءات

---

(١) راجع هذه التوصيات منشورة فى:

A.I.D.I., 1957, P. 479 etSS.

(٢) تنظر

PALLIERI (B.), Op. Cit., P. 302.

(٣) انظر:

FRAGISTAS (Ch.N.): Op. Cit., PP. 8 - 9.

(٤) راجع مع المزيد من التفاصيل:

KLIEN (F.): Considérations sur ..., Op. Cit., PP. 225 etSS.

Nº 126 etSS; Autonomie de la volonté et arbitrage: Rev.

Crit., 1958, PP. 281 etSS.

لقانون دولة المقر يتضمن مصادرة على المطلوب. وذلك على أساس أن الأنظمة القانونية للتحكيم لا تفرض على الأطراف المتعاقدة تحديد مقر التحكيم في اتفاق التحكيم، وبالتالي يجوز للأطراف تحديده عند إبرام اتفاق التحكيم أو في وقت لاحق. وبناء عليه، فإن مقر التحكيم قد لا يكون معروفا مسبقا. فكيف يمكن إذن إخضاع إجراءات التحكيم لقانون دولة المقر في حين أننا لم نعرف بعد هذا المقر.

وذهب رأى رابع<sup>(١)</sup> إلى أنه مع الاعتراف بالطبيعة المركبة أو المختلطة للتحكيم، وإمكانية إخضاع إجراءات التحكيم لقانون دولة المقر، وأن هذا القانون بمقتوره أن يؤمن سعة هذه الإجراءات، إلا أن إعمال هذا القانون على إطلاقه يتجاهل المطابع التعاقدية للتحكيم، ويكون من شأنه الاستبعاد الكامل لقانون الإرادة المستقلة، مادام أن هذا القانون الأخير لا يطبق إلا في الحدود التي يتطابق فيها مع قانون مقر التحكيم.

والى جانب ما تقدم، فإن الاستناد إلى مقر التحكيم كميّار لتحديد القانون واجب التطبيق يشير الكثير من الصعوبات في التطبيق، وذلك في الأحوال التي لا يكون فيها مقر التحكيم محددا أو في الأحوال التي يوجد فيها أكثر من مقر وذلك عندما يعقد المحكمون جلساتهم في أكثر من دولة أو في الحالات التي لا يوجد فيها مقر للتحكيم على الإطلاق وذلك عندما يتم التحكيم بالمراسلة بين المحكمين. حيث يشور التنازل في هذه الحالات عن المكان الذي يعد مقرا للتحكيم وهل هو موطن المحكم الثالث أم المكان الذي تنعقد فيه أول جلسة أم مكان صدور حكم التحكيم، كما يشور التنازل أيضا عن دواعي تفضيل أحد هذه الأماكن على غيره من الأماكن<sup>(٢)</sup>. هذا

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial .... Op. Cit., P. 320, N° 498.

(٢) راجع مع المزيد من التفصيل:

GOLDMAN (B.): Les conflits de lois .... Op. Cit., P. 372 et SS., N° II.

بالإضافة إلى الحالات التي يكون فيها اختيار مقر التحكيم قد تم بمحض الصدقة أو لبواعث سياحية أو لأن هذا المكان يقيم فيه هذا المحكم أو ذلك أو لسهولة الاتصالات بين الأطراف أو لحياده السياسي. ففى مثل هذه الحالات، يكون من غير الممكن التأكيد على أن قانون دولة مقر التحكيم له أسانيد جادة لكى يحكم إجراءات التحكيم<sup>(١)</sup>.

ثانيا - الاتجاه القائل بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة المستقلة:

La loi d'autonomie

طبقا للاتجاه السائد فى الفقه<sup>(٢)</sup>، فإن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجب أن يكون القانون المختار بواسطة الأطراف أنفسهم. وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المعمول به فى مجال البحث عن القانون واجب التطبيق على العقود بصفة عامة.

وقد ذهب البعض<sup>(٣)</sup>، من أجل تبرير هذا الدعل، إلى القول بأن اتفاق

---

(١) راجع:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 321; BOISSESON (N.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 651, N° 700.

(٢) قظر بصفة خاصة:

FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 332, N° 500; PALLIERI (B.): Op. Cit., P. 334 etss; FRAGISTAS (Ch.N.): Op. Cit., P. 9; KLEIN (F. E.): Considérations sur ... Op. Cit., P. 181 etss; autonomie de la volonté ... Op. Cit., P. 259 etss. L'arbitrage international de droit prive «Réalité et perspective», Op. Cit., P. 41 etss, Spéc. P. 7; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op.Cit., P. 618 etss; REYMOND (C.): Problèmes actuels de l'arbitrage commercial international, R.E.S., 1982, PP. 7 - 9; LOQUIN (E.): L'amiable composition ... Op. Cit., P. 211, N° 357.

(٣) قظر:

PALLIERI (B.): Op. Cit., PP. 340 - 341.

ويقترَب من ذلك ما ذهب إليه البعض من أنه على الرغم من تعدد الراحل الذى يمر بها التحكيم وتضمنه تصرفات متعددة صادرة عن أشخاص مختلفين، فانفاق التحكيم -

التحكيم يعتبر التصرف الرئيسى والأساسى الذى تنتج عنه سائر التصرفات الأخرى المكونة للتحكيم. وبالتالي عندما نبحث عن القانون الذى يحكم التحكيم فى مجموعه، فإننا نبحث فى الحقيقة عن القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم. وعندما يتحدد هذا القانون، يتحدد فى نفس الوقت القانون الذى يحكم التصرفات الأخرى الناتجة عن اتفاق التحكيم. ولما كان اتفاق التحكيم يخضع لقانون إرادة الأطراف، فإن هذا القانون هو الذى يحكم سائر التصرفات الأخرى المكونة للتحكيم، بما فى ذلك بالطبع مسائل الاجراءات.

ونذهب البعض الآخر<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه مادام قد سلمنا بالأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، واعترفنا بأنه من المناسب والعادل أن نترك للأطراف تسوية منازعاتهم بدون اللجوء إلى المحاكم القضائية، وبأن للتحكيم العديد من المزايا وبصفة خاصة فى مجال علاقات التجارة الدولية نظرا لنياب قضاء دولي لملاقات القانون الخاص وصعوبات تنازع الاختصاص القضائى وتنازع القوانين التى من شأنها تأخير الفصل فى المنازعات. ومادام قد سلمنا أيضا بأن من حق الأطراف اختيار محكميهم، والمكان الذى يجب أن تجرى فيه إجراءات التحكيم، فإنه من الطبيعى الاعتراف للأطراف

---

- هو من عمل الأطراف وحدهم، وحكم التحكيم من عمل المحكمين، وتولية المحكمين لهم عمل مشترك من جانب الأطراف والمحكمين، بيد أن كل تصرف من هذه التصرفات يتم تنفيذه بالتنفيذ للتصرف السابق عليه، فتولية المحكمين لهم عمل تنفيذ لاتفاق التحكيم، وإجراءات التحكيم وحكم التحكيم تنفيذا لعقد تولية المحكمين. وهكذا فإن التصرفات المتعددة المكونة للتحكيم تشكل كل لا يمكن تجزئته. ومن الضرورى أن يخضع لقانون واحد، وهو القانون المختار بواسطة الأطراف وذلك على أساس أن التحكيم نظام تماقدى ولا يوجد أى مرر لأن يخضع اتفاق التحكيم وسائر التصرفات الناتجة عنه - بما فى ذلك الاجراءات - لقواعد مختلفة عن تلك التى تخضع لها العقود بصفة عامة. انظر:

KLEIN (F.E.): Considerations ... Op. Cit., P. 211 et SS.  
Spéc. PP. 223 - 224; L'arbitrage international ... Op.  
Cit., P. 47.

(١) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit.,  
P. 619.

بالقدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على التحكيم فى مجموعه بدءاً من اتفاق التحكيم ذاته وحتى صدور حكم التحكيم. وفى الفرض الذى يختار فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق، فإنه ينبغى على المحكمين الالتزام بهذا الاختيار ووضعه موضع التطبيق.

ولكن إذا كان مبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو المبدأ السائد لدى الفقه، بيد أن هذا المبدأ يشير عند وضع موضع التنفيذ بعض التنازلات. حيث يثور التساؤل عن مدى حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق هذا من ناحية. كما يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف من ناحية أخرى. ونعرض فيما يلى للإجابة عن هذين التساولين.

#### ١ - مدى حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

يثار التساؤل عن مدى حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وما إذا كانوا يتمتعون بحرية مطلقة فى اختيار هذا القانون، بحيث يجوز لهم اختيار أى قانون وطنى حتى وإن كان هذا القانون متقطع الصلة بموضوع النزاع أو بالمقد الذى نشأ عنه النزاع أو من باب أولى بإجراءات التحكيم، أم أن هذه الحرية مقيدة بضرورة وجود مثل هذه الصلة، بحيث تنحصر إرادة الأطراف، على سبيل المثال، فى اختيار قانون دولة أحد الطرفين أو قانون محل إبرام العقد أو اتفاق التحكيم.

إن الاتجاه السائد لدى الفقه<sup>(١)</sup> يتشمل فى الاعتراف للأطراف

(١) انظر:

FRAGISTAS (Ch.N.): Op. Cit., P. 10 etSS: Spéc. P. 13;

KLEIN (F.E): Autonomie de la volonté ... Op. Cit., P. 262

etSS., Spéc. P. 276.

بالحرية المطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بحيث يجوز لهم اختيار قانون دولة ليس لها أية صلة بالأطراف أو بالمقد الذي نشأ عنه النزاع أو باتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم ذاتها.

كما يجوز لهم أيضا أن يصفوا بأنفسهم، في اتفاق التحكيم، التواعد الإجرائية التي يجب على المحكمين اتباعها، أو الاتفاق على اتباع التواعد الإجرائية السارية لدى أحد المراكز الدولية للتحكيم (مثل غرفة التجارة الدولية أو المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة) أو تفويض المحكمين في تحديد الإجراءات واجبة التطبيق<sup>(١)</sup>.

ويبرر البعض<sup>(٢)</sup> هذه الحرية المعطاة للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق قائلين: إن الباعث الحقيقي على اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء الوطني لأحد الطرفين هو تحقيق مبدأ المساواة بين الطرفين، وانطلاقا من هذا الباعث يأتي الاختيار المتكرر لمحكمين ليس لهم جنسية

---

وأيا: ٦

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à ... Op. Cit., P., 623.  
حيث يرى أنه في مسائل التحكيم الدولي ليس من الضروري أن يكون القانون المختار بوسطة الأطراف له صلة منبذة «Un rapport raisonnable» مع القضية. وأيضا:

HUYS (M.) et KEUTGEN (G.): Op. Cit., P. 558, N° 784.  
ويرى أنه يجوز للأطراف أيضا اختيار عدة قوانين أحدهم بصفة أساسية والآخر ليحكم بعض المسائل الخاصة، كما يجوز للأطراف تعديل اختيارهم البعدي أثناء إجراءات التحكيم. وأيضا:

FOUSTOUCOS (A.C.), L'arbitrage interne et ... Op. Cit., PP. 192 - 194, N° 283, 284.

(١) راجع:

LOQUIN (E.), L'amicable composition ... Op. Cit., P. 211, N° 357.

وأيا: د. حسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٩٤، بند ٢٠٥.

(٢) تنظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à ..., Op. Cit., PP. 622 - 623.



أى من الطرفين، واختيار مقر التحكيم فى بلد محايد. وكذلك أيضا اختيار قانون محايد بالنسبة للطرفين. إن الحرس على تحقيق مبدأ المساواة بين الأطراف فى مجال التحكيم الدولى يكفى لإعطاء هذه الحرية للأطراف، واختيارهم لقانون دولة ليس بينها وبين النزاع أى صلة ما.

وبإلى جانب ذلك، أضاف البعض الآخر<sup>(١)</sup> أن الحرية الممنوحة للأطراف فى أن يختاروا بأنفسهم القواعد الإجرائية التى يحسم نزاعهم وفقا لها بواسطة المحكمين تعد نتيجة طبيعية Un Corollaire لتقاربهم باللجوء إلى التحكيم، واستبعاد اللجوء إلى ساحات المحاكم القضائية تفاديا للإجراءات الطويلة والمعقدة المتبعة أمامها.

وإزاء هذه الحرية المتوفرة للأطراف فى تحديد القانون أو القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، فإن هناك تساؤلا يمكن أن يثور هو هل يمكن القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطنى، وإخضاعها لقواعد إجرائية غير وطنية، أى قواعد إجرائية غير تابعة لقانون دولة معينة؟ لقد اختلف الفقه بشأن الإجابة على هذا التساؤل.

فقد ذهب البعض<sup>(٢)</sup> إلى أن إجراءات التحكيم يجب أن تخضع بالضرورة لقانون تحكيم وطنى. فهذا القانون هو الذى يحدد المبادئ التى يجب مراعاتها فى إجراءات التحكيم، كما أنه يحدد أحوال وطرق تدخل القضاء الوطنى للمساعدة فى سير إجراءات التحكيم، وذلك عندما يمتنع أو يرفض أحد الطرفين القيام بما ينبغى عليه القيام به.

ويرى أصحاب هذا الرأى أنه قد يبدو لأول وهلة أن إجراءات

(١) انظر:

FOUSTOUCOS: L'arbitrage interne et ..., Op. Cit. P. 194.  
N° 283.

(٢) انظر:

VAN HAUTTE (H.): La loi applicable à l'arbitrage commercial international, R.D.I.D.C., 1980, P. 285 etS.

التحكيم ليست في حاجة إلى قانون تحكيم *Un droit d'arbitrage*. فالتحكيم يقوم على رضاء الطرفين وتعاونهما. وعندما يتفق الطرفان على الخضوع للتحكيم، فإنهما يتعهدان ضمناً باحترام حكم التحكيم. وغالباً ما يحدد الطرفان بنفسهما، على نحو تفصيلي، الإجراءات واجبة الاتباع أو يحددان في ذلك إلى إحدى لوائح التحكيم المعمول بها لدى مركز دائم للتحكيم. وبالقدر الذي يحدد الطرفان بنفسهما إجراءات التحكيم فقد لا يكونان في حاجة إلى قانون تحكيم. ففي الحالة التي لا يحوز فيها المحكمون قواعد للتحكيم، وفي هذه الحالة فقط، فإنهم يلجأون إلى قانون تحكيم وطني.

حيث يجوز للطرفين أن يهدا بالتحكيم إلى مركز دائم للتحكيم، وعندئذ يجب أن تجرى إجراءات التحكيم وفقاً لللائحة التحكيم المعمول بها لدى هذا المركز. وفي حالة الضرورة، فإن مراكز التحكيم ذاتها هي التي تتدخل، على سبيل المثال، من أجل تسمية أو استبدال محكم ما. وهكذا، فإن إجراءات التحكيم التي تسرى في كنف مثل هذه المراكز، تكون منظمة ومدارة على النحو الذي تبدو فيه وكأنها مستقلة *Détachée* عن كل قانون وطني للتحكيم. ومع ذلك، فإن اختساس مركز التحكيم يقوم على رضاء الطرفان، وقد يحدث أن يرفض أحدهما المشاركة في إجراءات التحكيم. بالطبع إن هذه المراكز يمكنها أن تبدأ أو تستمر في إجراءات التحكيم ضد رغبة الطرف المعارض *Réclitrante*. ولكن عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ضد الطرف المتنيب، فسوف يتضح أن هذه المراكز محرومة من كل سلطة. ولذلك يجب، من أجل تنفيذ أحكام التحكيم، أن يستند كل تحكيم إلى قانون تحكيم وطني<sup>(١)</sup>.

ونظراً لأن القوانين الوطنية للتحكيم تختلف فيما بينها في تنظيم التحكيم، كما أن الجوانب *Les aspects* المختلفة للتحكيم لا تخضع

بالضرورة لقانون واحد. فإنه من الواجب إذن معرفة القانون الذى يحكم كل جانب من جوانب التحكيم<sup>(١)</sup>. فمن الضروري معرفة القانون الذى يحكم الاجراءات. حيث أن كل قانون تحكيم يضع معايير Des Critères لاجراءات التحكيم الصحيحة. صحيح أن هذه المعايير قد تكون متشابهة من حيث المبدأ. بيد أنها تختلف فى التفاصيل من نظام قانونى إلى آخر. فعلى سبيل المثال، إن التحكيم بواسطة حكيم اثنين يعد مستحيلا فى بلجيكا. وفى المقابل فإن هذا التحكيم يعد صحيحا فى إنجلترا.

كذلك فإن قانون كل دولة هو الذى يحدد حالات وطرق تدخل قضاة هذا البلد من أجل المساعدة فى سير إجراءات التحكيم عندما يرفض أو يمتنع أحد الطرفين عن المشاركة فى هذه الاجراءات. ولما كانت حالات وطرق التدخل القضائى تختلف من نظام قانونى إلى آخر. فإنه من المهم إذن معرفة القانون الذى يحكم التدخل القضائى فى التحكيم عبر الدولى Transnational<sup>(٢)</sup>.

وعلى عكس الرأى السابق ذكره. هناك اتجاه فقهي كبير ينادى بضرورة استقلال التحكيم فى مجموعه. بما فى ذلك إجراءات التحكيم. تجاه القوانين الوطنية. أو بعبارة أخرى تخليص التحكيم بما فى ذلك الإجراءات من سيطرة وسلطان القوانين الوطنية. ويرجعون هذا إلى عدم ملائمة القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم والقواعد التقليدية فى القانون الدولى الخاص للمحاجات الخاصة بالتجارة الدولية<sup>(٣)</sup>.

---

Ibid. P. 287.

(١) انظر:

Ibid. PP. 290 - 291.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

(٣) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ..., Op. Cit.,  
P. 642.

وفى هذا الصدد، ذهب رأى<sup>(١)</sup> إلى أن إعطاء الاختصاص لقانون وطنى معين، غالبا ما يكون قديما ولا يتفق مع مقتضيات العصر Anachronique أو مقتضا، ليحكم إجراءات التحكيم سوف يثير حتما تنازع القوانين والى يخشى الأطراف والمحكمون ومراكز التحكيم من تعقيباتها العالية والمستقبلية.

وذهب رأى ثان<sup>(٢)</sup> إلى أنه فى الحدود التى يكون فيها التحكيم مجرد قضاء مشابه للقضاء الوطنى سواء فيما يتعلق بحلول مسائل تنازع القوانين وتحديد القانون واجب التطبيق، أو فيما يتعلق بكيفية تطبيق القواعد القانونية الموضوعية، فإن التحكيم يفقد دوره وأسباب وجوده. فلكى يؤدي التحكيم دوره بفعالية فى مجال التجارة الدولية ويستجيب للحاجات الخاصة بها ويعالج القصور الناجم عن اتباع الطريق القضائى وتطبيق المحاكم القضائية للقوانين الداخلية، يجب أن يتمتع التحكيم بقدر من الاستقلال تجاه القوانين الوطنية، وأن يخضع سواء فيما يتعلق بالاجراءات أو موضوع النزاع لنظام قانونى دولى يتضمن القواعد الاتفاقية وعادات التجارة الدولية والبادئ العامة للقانون.

كما ذهب رأى ثالث<sup>(٣)</sup> إلى أنه من غير المنطقي أن نلجأ إلى أسلوب التحكيم وذلك لأن القضاء الوطنى لا يستجيب لمقتضيات تسوية المنازعات فى مجال الاستثمار. ثم بعد ذلك نعود الدخول مرة أخرى فى رباط القوانين الوطنية. إن الحل الذى نوصى به يتمثل فى الاستناد مباشرة

---

(١) نظري:

FOUCHARD: L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 336,  
N° 516.

(٢) نظري:

El-GOHARY (M.F.): Op. Cit., P. 397 etSS., N° 452 etSS.

(٣) نظري:

KAHN (Ph.): Le règlement des différends par ... Op. Cit.,  
PP 186 - 187.

إلى قانون دولى إجرائى موضوعى يجب على المحكمين صياغته مستندين فى ذلك على السوابق التحكيمية Des arbitrages antérieurs والقواعد المتبعة لدى مراكز التحكيم الدائمة وخبرتهم الخاصة فى هذا المجال.

وذهب رأى رابع<sup>(١)</sup> إلى أن التحكيم ينجز وطيفة هامة فى المجال الدولى مختلفة عن تلك التى يؤديها فى إطار القانون الداخلى، حيث أن التحكيم يكمل غياب القضاء الدولى فى مسائل القانون الخاص. ولكى يؤدى التحكيم الدولى هذه الوظيفة يجب فى المقام الأول أن يتحرر من سيطرة القضاء الوطنى وأن يجرى بدون الاستناد إلى أى قانون وطنى. وخصوصاً فى مسائل الإجراءات.

ولكن، على فرض صحة القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم عن القوانين الوطنية، فإن هناك تساؤلاً يمكن أن يثور: ماهو النظام القانونى واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى مثل هذا القرض؟ للإجابة على هذا التساؤل، يمكن فى هذا الصدد أن نميز بين رأيين:

فقد ذهب بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> إلى القول بإخضاع التحكيم، بما فى ذلك الاجراءات، للقانون الدولى العام مفسرين ذلك بقولهم أنه إذا كان فى مقدور الأطراف فصل Détacher التحكيم عن كل قانون وطنى وإعطائه طابعاً عبر دولى Supranational، إلا أنه يجب إخضاع هذا التحكيم لنظام قانونى آخر. فالتحكيم عبر الدولى لا يمكن أن يوجد فى فراغ Ne peut être suspendu en l'air. وهذا النظام القانونى لا يكون

(١) انظر:

MOTULSKY (H.), L'évolution récente en matière d'arbitrage international, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Op. Cit., P. 325.

Rev. Arb., 1959, P. 3. ونظر هذا البحث منشور فى:

FRAGISTAS: Op. Cit., P. 14 - 17. (٢) انظر:

ويمكن أن نفكر فى نفس الاتجاه أيضاً:

DAVID (R.), Op. Cit., PP. 426 - 427, N° 336.

سوى القانون الدولي. فالتحكيم عبر الدولي يجب إذن أن يكون تحكيميا دوليا، أى تحكيم لا يقع تحت سلطان أى قانون وطنى بل يخضع مباشرة للقانون الدولي بالمعنى الدقيق.

ومع هذا يرى هؤلاء أن خضوع التحكيم الخاص عبر الدولي للقانون الدولي العام يشير الكثير من الصعوبات. حيث يصطدم هذا الحل باعتراضات ذات طابع عقائدى Dogmatique. فطبقا للمفهوم التقليدى للقانون الدولي. فإن هذا القانون مخصص ليحكم العلاقات فيما بين الدول. فكيف نستطيع أن نطلب منه حلا للمنازعات التى تثور بين الأشخاص الخاصة؟ وحتى إذا رفضنا هذا الإعتراض. متمسكين بالاتجاه الذى يعتبر أن الأفراد من أشخاص القانون الدولي. ويحصل من القانون الدولي قانونا جديدا للشعوب Un nouveau jus gentium أو قانونا عبر دولى Transnational. فإنه يبقى أن هذا القانون غير صالح بالقدر الكافى لمواجهة مشاكل التحكيم فى مجال القانون الخاص. فالقانون الدولي لا يتضمن قواعد القانون الدولي الخاص. فما هى القواعد التى يمكن اللجوء إليها للقول بصحة اتفاق التحكيم وتكملة النقص المحتملة فى هذا الاتفاق؟ وطبقا لأى قواعد تنازع يمكن تحديد القانون الموضوعى واجب التطبيق على موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم؟

وعلى الرغم من اعتراف أصحاب هذا الرأى بكل هذه الصعوبات. إلا أنهم يرون أن التحكيم الخاص عبر الدولي يمد واقعا اجتماعيا. Un fait social وحقيقة لا يمكن إنكارها. حيث توجد حالات كثيرة. فى مجال المعاملات الدولية. جرى فيها الأطراف على الخروج على نطاق القوانين الوطنية. وأخضعوا التحكيم مباشرة لنظام قانونى غير دولى. ويرى أصحاب هذا الرأى أنه يمكن التغلب على هذه الصعوبات المشار إليها وإيجاد الحلول لها. فبالنسبة للمسائل الاجرائية. فإن أى نقص فى اتفاق التحكيم يمكن تكملة فى المقام الأول بالمبادئ العامة للقانون وخصوصا المبادئ العامة للقانون فى مسائل الاجراءات. وفى حالة

عدم توافر مثل هذه المبادئ، تحسم المسائل الإجرائية وفقا لقواعد العدل والانصاف Ex bono et aequo.

في حين ذهب البعض الآخر<sup>(١)</sup> إلى القول باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وخضوعها لقواعد قانونية غير وطنية Extra - étatique، وهى القواعد التى تتولد تدريجيا عن الممارسة العملية المتبعة عموما وذلك بوصفها أعرافا أو عادات. فهؤلاء يرون أن تنازع القوانين لم يعد هو الطريق الوحيد لتحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذى يشمل بالعديد من الدول. وأن الطابع الدولى للتحكيم من شأنه إخضاع هذه الاجراءات، ليس لقانون دولة معينة. بل لقواعد ذات طابع دولى.

ويرى أصحاب هذا النظر أن الاتجاه نحو استقلال إجراءات التحكيم والابتعاد بها عن سلطان القوانين الوطنية يظنر بوضوح من خلال دراسة الواقع العملى وما يجرى عليه العمل لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، مثل غرفة التجارة الدولية بباريس والجمعية الأمريكية للتحكيم.

فغالبا ما يحدث أن التحكيم منذ بدء الاجراءات وحتى نهايتها، يفلت كلية من سلطان وسيطرة كل نظام قانونى وطنى، حيث يتولى المركز الذى يجرى التحكيم فى كنفه حكم كل الصعوبات التى تثور أثناء

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.): Quand un arbitrage ... Op. Cit., PP. 67 - 70; Autonomie de l'arbitrage commercial international, Rev. Arb. 1965, PP. 103 - 104; L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 303 etSS., N° 472 etSS. Spéc., N° 484, 487 et 492.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه:

LALIVE (P.): Problèmes relatif `a l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 642 - 650; LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.D.), Op. Cit., P. 100, NO 88; VEN COMPERNOLLE (J.), Op. Cit., PP. 102 - 103.

سير إجراءات التحكيم، وتكفى لانتحة لضمان حسن سير هذه الإجراءات<sup>(١)</sup>. فلوأنح التحكيم المعمول بها لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة غالباً ما تتضمن قواعد تفصيلية للإجراءات تسمح للمحكين بأداء مهمتهم على الوجه الأكمل دون أن يكونوا فى حاجة للإلتجاء إلى القوانين الوطنية والتي أحياناً ما تكون مقتضبة. فهذه اللوائح تعتبر تقنيات حقيقية لإجراءات التحكيم<sup>(٢)</sup>.

فباستقراء لوائح مراكز وهيئات التحكيم الدائمة نجد أن هناك اتفاق بينها فيما يتعلق بالمائل الاجرائية يدل على الطابع العالمى الموحد لإجراءات التحكيم. كما أن مراكز التحكيم قد عملت على تخليص إجراءات التحكيم من سيطرة القوانين الوطنية. فعلى صعيد المائل الاجرائية، نجد أن معظم لوائح التحكيم تسبند اللجوء، ولو احتياطياً، إلى أى قانون وطنى. كما أنها تجيز للمحكين تكملة النصوص الاجرائية التى تعتمدها دون أن تلزمهم باللجوء إلى أحكام هذا القانون أو ذاك<sup>(٣)</sup>.

ويرى أصحاب هذا الرأى أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، قد اتجهت نحو الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطنى. والإعتراف للقواعد المستمدة من الواقع العملى (وهى القواعد التى درج المتعاملون على تضمينها فى اتفاقات التحكيم، وتلك المعمول بها لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة) بأولوية Une primauté فى التطبيق على القوانين الوطنية<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Quand un arbitrage ..., Op. Cit., P. 68.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ..., Op. Cit., P. 103.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 309 et SS., N° 484, 487 et 492.

(٤) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ..., Op. Cit., P. 103.



فقد تضمنت هذه الاتفاقيات نصوصاً ذات طابع قاعدي Normatif ودولي لا يقبل المناقشة. ونصت على قواعد موضوعية دولية قابلة للتطبيق مباشرة على إجراءات التحكيم، ولم تنص على اللجوء إلى أى قانون وطني إلا بصفة احتياطية<sup>(١)</sup>.

من ذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها. فعلى الرغم من رفض مؤتمر نيويورك (الذي تمخضت عنه الاتفاقية المذكورة) ما سعت إليه غرفة التجارة الدولية من الأخذ بفكرة حكم التحكيم الدولي الذي لا يقع تحت سلطان أى قانون وطني حتى ولو كان أمراً، وأخذ بالفكرة التقليدية لحكم التحكيم الوطني والأجنبي. إلا أن هذه الاتفاقية قد رحبت باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، وذلك عندما أجازت (بموجب المادة الخاصة منها) للأطراف، في المقام الأول، أن يحسموا بأنفسهم المسائل الإجرائية، دون أن تلتزمهم بالاستناد إلى قانون وطني معين، والذي لم يعد له دور إلا في حالة غياب اتفاق الأطراف. وبهذا تكون الاتفاقية قد أعطت أولوية مطلقة للقواعد المستخلصة من الواقع العملي والتي تكون لها الغلبة على أحكام القانون الوطني، حتى الأمرة، والذي أصبح دوره احتياطياً محضاً. وبذلك تكون الاتفاقية قد أكدت استقلال التحكيم التجاري، على الأقل على سعيد الإجراءات، تجاه القوانين الوطنية، وبالتالي تأكيد استقلال المجتمع الدولي للتجار والذي يمكنه أن يحدد بحرية القواعد الإجرائية الخاصة به<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Quand un Arbitrage ..... Op. Cit., P. 69.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial .... Op. Cit., P. 332, N° 512; L'autonomie .... Op. Cit., PP. 103 - 104.

وفي نفس المعنى انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs à ..... Op. Cit., Pp. 634 - 644; MOTULSKY (H.), L'évolution .... Op. Cit., Rev. Arb., P. 11; LOUSSOUFAN (Y.) et BREDIN (J.D.), Op. Cit., PP. 114 - 115.

وقد جاءت الاتفاقية الأوروبية أكثر وضوحاً، من اتفاقية نيويورك، في الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. حيث أكدت، في البادة الرابعة، على الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف في تجديد القواعد الإجرائية وإجبة اتباع من قبل المحكمين في حالة التحكيم الحر. وفي حالة التحكيم لدى مركز دائم للتحكيم، فقد نصت الاتفاقية صراحة على أن يجرى التحكيم طبقاً للأنحة هذا المركز. دون أن تنص على أي قاعدة تنازع، ولا على تطبيق أي قانون وطني ولو بصفة احتياطية، وإنما أسندت، في حالة عدم كفاية النصوص التعاقدية، للمحكمين أنفسهم أو لمثلَى الفرق التجارية مهمة تحديد القواعد الإجرائية<sup>(١)</sup>.

وسارت، في نفس الاتجاه اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. فقد استهدفت هذه الاتفاقية إقامة نظام مستقل للتحكيم عن كل قانون وطني، والابتعاد، بإجراءات التحكيم عن تدخل القوانين الوطنية. واستخدمت لتحقيق ذلك عدة وسائل منها وضع تقنين خاص للإجراءات، تبني المركز للأنحة تحكيم، تضمن الاتفاقية لقواعد إجرائية ملزمة (م ٥٠ - ٥٢) وما نصت عليه من التزام الدول الموقعة عليها بالاعتراف بكل حكم تحكيم يصدر في نطاقها (م ٥٤)، وبذلك تكون الاتفاقية قد استبعدت كل اختصاص قوانين هذه الدول ومحاكمها الوطنية تجاه هذه الأحكام<sup>(٢)</sup>.

وانتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يستخلص من كل هذه النصوص الدولية أن الأطراف في اتفاقاتهم ومراكز التحكيم في لوائحهم والمحكمين في

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ... Op. Cit., P. ١٠٤ et;  
L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 333 - 334, N°  
513 - 514; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage  
... Op. Cit., P. 645; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op.  
Cit., P. 558, N° 785.

(٢) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit.,  
P. 646.

أحكامهم. يمكنهم أن ينظموا مباشرة إجراءات التحكيم، وأن القواعد (العامة أو الخاصة) المنشأة في مسائل الاجراءات بواسطة المتعاملين في مجال التجارة الدولية لها القوة الملزمة استقلالا عن كل تدخل لأى قانون وطنى. إذ أن دعامة Le Support هذا القانون لم تعد ضرورية (١).

## ٢ - القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف:

يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، فهل تخضع إجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم موضوع النزاع أم يخضع لقانون الدولة مقر التحكيم أم أنه يجب ترك هذه المسألة للسائلة للتقديرية للمحكمين؟

## أ - القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع:

قد يحدث أن يتفق الطرفان على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك بدون تحديد للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. التساؤل الذى يمكن أن يثور فى هذا السدد هو هل يمكن أن تخضع إجراءات التحكيم، فى هذا الفرض، للقانون المختار بواسطة الطرفين ليطبق على موضوع النزاع.

مما لاشك فيه أن إخضاع إجراءات التحكيم لنفس القانون الذى يحكم موضوع النزاع يحقق ميزة مؤكدة هى وحدة النظام القانونى المطبق على المادقات بين الطرفين، والحد بذلك من حدوث تنازع القوانين وتغادى تعقيباتها (٢).

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 335, N° 515; L'autonomie .... Op. Cit., P. 104.

(٢) انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs a ....., Op. Cit., P. 638.

وايضا:

MEZGER (E.), La Jurisprudence Française ....., Op. Cit., P. 290.

بيد أنه من المسلم به، من حيث المبدأ، أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليس بالضرورة هو القانون الذي يحكم موضوع النزاع. ويتربط على ذلك من ناحية أنه يجوز للطرفين إخضاع إجراءات التحكيم وموضوع النزاع لقانونين مختلفين. ومن ناحية أخرى فإنه في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الطرفين للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يلتزم المحكمون بأن يخضعوا لإجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الطرفين - أو المحكمين أنفسهم - ليحكم موضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

وهناك العديد من الأسباب التي تدعو إلى التمسك بهذا المبدأ يمكن أن نوجزها فيما يلي:

١ - فمن ناحية أولى إن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل تجاه المقد موضوع النزاع. خصوصاً فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق وإجراءات التحكيم ما لم يشر لاتفاق التحكيم واستناداً له<sup>(٢)</sup>.

بيد أن هذا القول مردود ولا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وذلك لأن المبررات التي دعت إلى الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تختلف تماماً عن تلك المتعلقة باختيار قانون إجرائي معين. هذا بالإضافة إلى أن هذا القول يفترض أن القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو نفسه القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وهو ما لا يمكن التسليم به. فليس بالضرورة أن يكون القانون الذي يحكم كلا من اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم واحداً<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... J-CL., Dr. int. fasc 586-8-1,  
Nº 12 etSS; Fragistas: Op. Cit., PP. 19 - 20.

(٢) انظر:

KLEIN (F.E.): Du caractère autonome ..., Op. Cit., Rev.  
Crit., 1961, P. 500; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à  
l'arbitrage ... Op. Cit., P. 638.

(٣) انظر:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... J-CL., Dr. int. fasc 586-8-1,  
Nº 14.

٢ - ومن ناحية ثانية: إن القانون الذى يحكم العقد قد يتم تحديده. ليس بالاختيار السريع من قبل الطرفين، بل من قبل المحكمين عن طريق الإسناد الموضوعى Rattachement objectif. أى بإعطاء الأفضلية لهذا الضابط أو ذاك من ضوابط الإسناد الموضوعية. وفى هذه الحالة، فإن القانون المختار ليحكم موضوع النزاع لا يكون له سند جاد لكى يحكم إجراءات التحكيم<sup>(١)</sup>.

٣ - ومن ناحية ثالثة: فإن الاعتبارات التى يمكن أن تدفع أو تحث الطرفين أو المحكمين فى اختيار القانون واجب التطبيق قد تختلف بالنسبة للعقد موضوع النزاع عنها بالنسبة لإجراءات التحكيم. فقد يرغب الطرفان فى الاستفادة من نظام إجرائى معين، وفى المقابل يرغبون فى إخضاع العقد موضوع النزاع لقانون آخر يبدو لهم أكثر مناسبة Plus appropriée أخذين فى الاعتبار طبيعة العقد أو الظروف المحيطة بالنزاع<sup>(٢)</sup>.

٤ - من ناحية رابعة وأخيرة، إن الحل الذى مفاده إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الذى يحكم موضوع النزاع يعيه أنه يقتضى معرفة القانون الذى يحكم موضوع النزاع مسبقا وذلك حتى يمكن تطبيقه على إجراءات التحكيم. فى حين أنه لا يوجد أى التزام يفرض على الطرفين أن يحددا مقدما - فى اتفاق التحكيم - القانون الذى يحكم موضوع النزاع، بل يجوز لهما الاتفاق على هذا القانون فى وقت لاحق أثناء إجراءات التحكيم فى مثل هذا الفرض، كيف يتسنى إذن القول بإخضاع إجراءات التحكيم

(١) انظر:

MEZGER (E.): La jurisprudence Française ... Op. Cit., P. 290; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à ... Op. Cit., P. 639.

(٢) انظر:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... J-CL., Dr. int., fasc 586-8-1, N° 16.

للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، في حين أن هذا الأخير لم يتحدد بعد<sup>(١)</sup>.

#### ب - قانون الدولة مقر التحكيم:

قد يحدث أن يتفق الطرفان، في اتفاق التحكيم، على البلد الذي يجب أن تجرى فيه إجراءات التحكيم (أي البلد مقر التحكيم) وذلك دون تحديد للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. في هذا الفرض يثور التساؤل عما إذا كان من الجائز تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم.

اختلفت الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، ويمكننا في هذا الخصوص أن نميز بين رأيين:

فذهب رأي<sup>(١)</sup> إلى أن إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم يبتو حلا غير عمليا ولا يتلاءم مع الحاجات الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي، وذلك بحجة أن القوانين الوطنية للتحكيم غالبا ما تكون موجزة ومختصرة ولا تقدم للأطراف أو المحكمين التقدير الكافي من البيانات والقواعد الإجرائية المفصلة. ويرى أصحاب هذا الرأي - على نحو ما سنرى - أن تحديد القواعد الإجرائية يجب أن يتم بواسطة الأطراف أو، في حالة غياب إرادة الأطراف، بواسطة مراكز التحكيم في حالة التحكيم المؤسس أو بواسطة المحكمين أنفسهم في حالة تحكيم الحالات الخاصة Ad Hoc.

في حين ذهب الفقه الغالب<sup>(٢)</sup> إلى أنه في الفرض الذي يقتصر فيه

---

(١) راجع:

MEZGER (E.), La jurisprudence Française ..., Op. Cit., P. 287.

(٢) انظر:

KOPELMANAS (L.): Quelques problèmes récents ..., Op. Cit., P. 890 - 891.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 327 - 328, N° 504 - 505; LALIVE (P.): Problèmes -

الطرفان على تحديد الدولة مقر التحكيم دون الإفصاح عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإنه من الجائز استخلاص أن إرادة الطرفين الضمنية *Implicite* قد اتجهت إلى اختيار قانون هذه الدولة ليكون هو الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وبصفة خاصة في الفرض الذي تكون فيه الدولة مقر التحكيم هي بعينها الدولة مقر مركز التحكيم الذي اتفق على اللجوء إليه. كما لو اتفق الطرفان مثلا على أن يتم التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، واتفقا على أن يكون مقر التحكيم في باريس. في هذا الفرض يكون القانون الاجرائي واجب التطبيق هو قانون الدولة مقر التحكيم أي القانون الفرنسي. وذلك باعتبار أنه القانون المختار ضمنا من قبل الأطراف أي القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية للطرفين.

---

relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 631 et SS; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., PP. 557 - 558, N° 782 - 783.

وفي نفس الاتجاه انظر: FRAGISTAS: Op. Cit., P. 19. ويرى سيادة أنه يمكن اللجوء إلى قانون مقر التحكيم إذا كان معروفا منذ البداية، وإلا يجب البحث عن ضابط آخر مؤد أنه لحظة إبرام اتفاق التحكيم مثل قانون البلد محل إبرام اتفاق التحكيم.  
وانظر أيضا:

GOLDMAN (B.): Arbitrage ..., Dalloz, Dr. int., P. 128, N° 190.

وراجع في الفقه المصري: د. محسن شقيق: المرجع السابق، ص ١٩٥، بند ٢٠٦؛  
د. إبراهيم أحمد: التحكيم الدولي الخالص، المرجع السابق، ص ١٢٥ - ١٢٦.  
ويرى سيادة أنه إذا أثر التساؤل حول المقصود بقانون مكان التحكيم لقانون الدولة التي تتخذ فيها هيئة التحكيم لأول مرة أو قانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم، فإن الإجراء الذي يتعين اتخاذه يخضع لقانون الدولة التي يتم فيها التحكيم عند اتخاذ ذلك الإجراء. وانظر: د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص ٩٩، بند ٦٠. ويرى سيادة أن اللجوء إلى قانون دولة مكان التحكيم - في حالة غياب الخيار الصريح - ليحكم إجراءات سير المنازعة أمر يفرضه الواقع إما لكونه تفسيرا للإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف، أو لكونه اتفقوا الأنسب موضوعيا ليحكم إجراءات سير المنازعة باعتبار قانونا محايدا أو أنه قانون دولة تحكم الدولة يكون أكثر الملاءمة من غيره.

ومع ذلك، يرى جانب<sup>(١)</sup> من أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كانت عملية تحديد مقر التحكيم في دولة معينة ذات دلالة أو قرينة Un indice قوية على اتجاه إرادة الطرفين إلى اختيار قانون هذه الدولة ليحكم إجراءات التحكيم، فليس معنى ذلك أن هذه القرينة قاطعة ومن غير الممكن إثبات عكسها. صحيح أن عملية تحديد مقر التحكيم في دولة معينة تعد قرينة هامة، إلا أنها غير كافية لاستبعاد القرائن الأخرى Autres indices الدالة على الإرادة الضمنية للطرفين أو العناصر الأخرى التي من شأنها إسناد إجراءات التحكيم إلى قانون دولة معينة. فقد توجد قرائن أخرى مناهضة للقرينة المستفادة من عملية اختيار مقر التحكيم في دولة معينة، مثل اختيار محكمين من جنسيات مختلفة أو اتفاق الطرفين على قواعد إجرائية غير معروفة في البلد مقر التحكيم، أو توطن العلاقة محل النزاع في بلد معين. وفي مثل هذه الأحوال لا يمكن القول بتطبيق قانون الدولة مقر التحكيم باعتباره القانون المختار ضمناً من قبل الطرفين.

#### ج - التحديد المباشر بواسطة المحكمين:

إزاء الانتقادات والتحفظات التي وجهت إلى كل من الحلين السابقين، أرى الأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك لكي يطبق على إجراءات التحكيم في حالة غياب القانون المختار صراحة بواسطة الطرفين، ذهب جانب كبير في الفقه<sup>(٢)</sup>

(١) انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs à ..., Op. Cit., P. 632;  
FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P.  
328, № 505.

(٢) راجع بصفة خاصة:

KOPELMANAS: Quelques problèmes ... Op. Cit., PP. 890 -  
891; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op.  
Cit., PP. 633 - 634; FOUSTOUCOS: L'arbitrage interne et  
..., Op. Cit., P. 196 et SS., № 289 et SS.; LOQUIN: Les -



إلى أنه من حق المحكمين أنفسهم تحديد القانون أو القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، مع الاعتراف لهم بسلطة تقديرية كبيرة في هذا الخصوص. فيجوز للمحكمين اختيار أى قانون إجرائى وطنى. قانون الدولة مقر التحكيم مثلا، أو أن يصفوا بأنفسهم القواعد واجبة الاتباع دون اللجوء إلى قانون وطنى معين.

ولقد برر بعضهم<sup>(١)</sup> هذا الحل بالقول إن سكوت الطرفين عن تحديد القانون واجب التطبيق يفسر على أنهما قد تركا أمر تحديد هذا القانون للمحكمين أنفسهم. وذلك لأنه من غير الراجح فى مجال التجارة الدولية أن يكون إغفال الطرفين لهذه المسألة مرجحه الجهل أو الإهمال. بل الراجح أنها نظرا فى هذه المسألة وفضلا عدم إثارتها نظرا لإستحالة الاتفاق بشأنها فيما بينهما. وما يزيد هذا التفسير ما نصت عليه المادة الثانية من التوصيات التى أصدرها مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده فى امستردام سنة ١٩٥٧. وذلك بقولها «فى حالة عدم تحديد الطرفين لمقر التحكيم على الوجه المبين فى المادة الأولى، فإنه يفترض أن الطرفين قد جمعا للمحكمين الحق فى تحديد المكان الذى تستقر فيه محكمة التحكيم، وأن هذا الاختيار يحدد القانون واجب التطبيق ....».

فهذا النص قد اشتمل على المبدأ العام، المجمع عليه، الذى يقتضى بأنه فى حالة سكوت الطرفين فإن ذلك يدل على الترخيص الضمنى من

---

- pouvoirs des arbitres ..... Op. Cit., P. 302, N° 20, et P. 330 - 331, N° 63 - 67; DAVID (R.): Op. Cit., PP. 426 - 427, N° 336; EL-GOHARY (M.F.): Op. Cit., PP. 477 - 478, N° 562 - 563.

وراجع فى ذلك فى الفتاوى المصرى د. ليونيد رضوان: المرجع السابق، ص ١٠١، بند ٦٢.

(١) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 633 - 634.

قبلهما للمحكّمين في اختيار القانون واجب التطبيق سواء بطريق مباشر أو غير مباشر وذلك باختيار القانون الدولي الخاص الذي يتولى تحديد هذا القانون.

كما برر رأي آخر<sup>(١)</sup> هنا الحل بقوله عندما يتعلق الأمر بالتحكيم لدى مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، فإنه من حق المحكّمين أنفسهم تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق وتسوية أى مسألة إجرائية قد تثار أثناء سير إجراءات التحكيم، وذلك في حالة غياب الاختيار السريع من قبل الطرفين أو وجود نقص في لائحة التحكيم المعتمدة من قبلهما أو من مركز التحكيم. فلماذا لا يكون للمحكّمين هذا الحق في حالات التحكيم الخاصة أو الحر Ad Hoc. عندما يتخلّف الاختيار السريع لهذا القانون من قبل الطرفين أو يوجد أى نقص في القواعد الموضوعية من قبلهما.

وقد ذهب رأي ثالث<sup>(٢)</sup>، من أجل تبرير هذا الحل، إلى أن المحكم ليس له قانون تحكيم Un for arbitral يحدد مباشرة سلطاته في تنظيم إجراءات التحكيم، وذلك على خلاف القاضي الوطني. فمن المعروف أن القاضي المطروح عليه نزاع ذو طابع دولي يجب عليه أن يفصل في هذا النزاع بالتطبيق للقواعد الاجرائية النافذة في قانونه الوطني. أما المحكم فليس له مثل هذا القانون. ويترتب على ذلك من ناحية أولى يتمتع الطرفان بالحرية الكاملة في تحديد القواعد الاجرائية المنظمة لخصومة التحكيم. ومن ناحية ثانية يكون للمحكم السلطة في تحديد القواعد المنظمة لخصومة التحكيم في حالة عدم اتفاق الطرفين في هذا الخصوص، وذلك نظرا لعدم وجود قانون إجرائي يمكن للمحكم تطبيقه بصفة احتياطية في حالة غياب الاختيار السريع من قبل الطرفين.

(١) راجع:

KOPELMANAS: Quelques problèmes ... Op. Cit., P. 890.

(٢) راجع:

LOQUIN: Les pouvoirs des arbitres ..., Op. Cit., P. 302,  
N° 20.

## المطلب الثاني

### موقف الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم

#### ذات الطبيعة الدولية

أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم:

إن دراسة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، بدءاً من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢ بشأن الاعتراف بشروط التحكيم، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ثم اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجارى الدولي، وحتى اتفاقية البنك الدولي لسنة ١٩٦٥ لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. تكشف عن التطور الكبير الذى حدث بسدد مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. ويمكننا أن نميز بين ثلاث مراحل لهذا التطور:

**المرحلة الأولى:** قانون الإرادة وقانون مكان التحكيم «بروتوكول

جنيف لسنة ١٩٢٢، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧».

**المرحلة الثانية:** قانون الإرادة المستقلة والدور الاحتياصى لقانون

مكان التحكيم «اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨».

**المرحلة الثالثة:** قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار

بواسطة المحكمين: «الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١، واتفاقية البنك الدولي لسنة ١٩٦٥».

ونتناول تبايعاً هذه المراحل وذلك على النحو التالى:

**المرحلة الأولى:** خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف

وقانون مكان التحكيم: «بروتوكول جنيف لسنة

١٩٢٣، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧»

نست المادة الثانية من بروتوكول جنيف على أن: «تخضع

إجراءات التحكيم، بما في ذلك تشكيل محكمة التحكيم، لإرادة الأطراف وقانون البلد الذي يجرى على إقليمه التحكيم».

ولقد جاء هذا النص معينا في صياغته، حيث أنه لم يبين كيفية التنسيق بين كل من قانون الإفادة وقانون الدولة مقر التحكيم إذا كان على نفس الدرجة، كما أنه لم يبين ما إذا كان أحدهما يطبق بصفة رئيسية والآخر يطبق بصفة احتياطية. ولذلك فإن تفسير هذا النص كان محلا للخلاف بين الفقهاء.

فقد ذهب رأي في الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن هذا النص ليس له سوى معنى واحد هو أن التحكيم يجب أن يخضع لقانون الدولة التي يوجد بها مقر التحكيم، في حين ذهب الفقه الغالب<sup>(٢)</sup> إلى أن إجراءات التحكيم تخضع، في المقام الأول، لقانون إرادة الأطراف، وأن قانون الدولة مقر التحكيم لا يتدخل إلا بصفة احتياطية.

وبالنسبة لاتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإنها لم تأت بجديد ولم تحرز أي تقدم في هذا الخصوص، فقد أحوالت فر شأن القانون وأجب التطبيق على إجراءات الى نص المادة الثانية من البروتوكول السالف بيانها ولعل ذلك يرجع إلى أن اتفاقية جنيف كان موضوعها الوحيد

---

(١) انظر:

PALLIERI (B.): Op. Cit., PP. 388 - 389; SAUSER - HALL:  
Op. Cit., 1952, P. 532 etS., 1957, P. 395 etS.

(٢) انظر:

BERNARD (A.): Op. Cit., P. 430, N° 741; CARABIBER  
(Ch.): L'arbitrage international entre gouvernements et  
particuliers, Recueil des cours, 1950, P. 262 etSS.;  
FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P.  
326, N° 503 et P. 331, N° 511; GOLDMAN (B.): Les  
conflits de lois ..... Op. Cit., PP. 381 - 382, N° 17.

هو تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاقات التحكيم التي تدخل في إطار البروتوكول<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه، ظل الخلاف الذي ثار بعدد تفسير المادة الثانية من البروتوكول قائما في ظل اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧، حتى صدرت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وأخذت بالتفسير الذي تبناه الفقه القالب على نحو ما سئرى الآن.

**المرحلة الثانية: قانون الإرادة المستقلة والدور الاحتياطي لقانون مكان التحكيم: "اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨"**

نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة من اتفاقية نيويورك على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه بناء على طلب الطرف المتسكك ضده بالحكم إلا إذا قدم هذا الطرف للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيه الاعتراف بالحكم وتنفيذه الدليل على أن: «د - تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف».

وكما هو واضح من النص، لقد أكدت اتفاقية نيويورك، صراحة ويدون أي لبس أو غموض، أن إجراءات التحكيم، بما في ذلك تشكيل محكمة التحكيم، يجب في المقام الأول أن تكون مطابقة لما اتفق عليه الأطراف، وأن قانون الدولة مقر التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو لتكملة القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف في

(١) انظر في التطبيق على هذه الاتفاقية

BERNARD (A): Op Cit., P 478 et SS Spéc P. 493. N° 827.

وراجع أيضا:

GOLDMAN (B): Les conflits de lois ... Op Cit., PP. 383

- 384.

حالة وجود أي نقص فيها. وبهذا تكون الاتفاقية قد منحت قانون الإرادة المستقلة دورا أصليا، وقانون مقر التحكيم دورا احتياطيا. وبذلك يكون قد انتصر الاتجاه المؤيد لقانون الإرادة المستقلة للأطراف ليحكم إجراءات التحكيم.

ويرى الفقه الغالب<sup>(١)</sup> أن هذا النص قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في تشكيل محكمة التحكيم وتنظيم إجراءات التحكيم. فيجوز لهم الاتفاق - في شرط التحكيم الوارد في العقد أو في اتفاق التحكيم - على المحكمين الذين تشكل منهم محكمة التحكيم، وأن يصفوا بأنفسهم القواعد الإجرائية الواجبة الاتباع أو أن يحيلوا في ذلك إلى لائحة تحكيم معمول بها لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة. بل لقد ذهب جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> - على نحو ما رأينا - إلى حد القول بأن هذا النص يسمح باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية.

هذا في حين يرى بعض الفقهاء<sup>(٣)</sup> أنه يبدو لأول وهلة أن النص يعطي للأطراف إمكانية فصل إجراءات التحكيم عن كل نظام قانوني وطني

(١) انظر:

SANDERS (P.): *Vingt années* ..., Op. Cit., P. 361 et P. 368; La convention de New York, ..., Op. Cit., P. 316; Aspects de l'arbitrage international, R.D.I.D.C., 1976, P. 138; LOUSSOUARN (Y.), et BREDIN (J.-D.), Op. Cit., PP. 114 - 115; GOLDMAN (B.): *Arbitrage* ... Op. Cit., Dalloz, Dr. int., 129, N° 208 - 209; BOISSESON: *Le droit Français* ... Op. Cit., P. 662, N° 708.

(٢) انظر ما سبق، ص ٤٧٥، فمشر رقم (٢).

(٣) انظر:

FRAGISTAS: (Ch.N.), Op. Cit., P. 16, Note 1.

وانظر أيضا:

KLEIN (F.E.), *L'arbitrage international* ... Op. Cit., P. 51, Note 30.

بيد أن هذا التفسير لا يجد له سندا في الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك إلى جانب ذلك فإنه من غير المعقول أن نقرر بصدد مآلتين مرتبطتين، مآلة صحة اتفاق التحكيم ومآلة إجراءات التحكيم مفهومين مختلفين لبدأ استقلال الإرادة. إن الأكثر اتقا مع روح اتفاقية نيويورك هو أن نقرر لبدأ استقلال الإرادة مفهوما واحدا بصدد كل من هاتين المسألتين وهذا المفهوم هو أن تنحصر إرادة الأطراف في اختيار نظام قانوني معين.

المرحلة الثالثة: قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين: "الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١، واتفاقية البنك الدولي لسنة ١٩٦٥"

١ - الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولي لسنة ١٩٦١:

نست الفقرة الأولى من المادة التاسعة من هذه الاتفاقية على أنه: «إن بطلان حكم التحكيم الداخل فى نطاق هذه الاتفاقية فى إحدى الدول المتعاقدة لا يشكل سببا فى رفض الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه فى دولة أخرى متعاقدة إلا إذا كان هذا البطلان قد تقرر فى الدولة التى صدر فيها الحكم أو فى الدولة التى صدر الحكم وفقا لقانونها وذلك لأحد الأسباب التالية: «د- إذا لم يكن تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم مطابقا لاتفاق الأطراف أو لأحكام المادة الرابعة من هذه الاتفاقية فى حالة عدم وجود هذا الاتفاق».

وهكذا، فإن الاتفاقية الأوربية قد أخذت فى المقام الأول - مثلها فى ذلك مثل اتفاقية نيويورك - ببدأ استقلال الإرادة فى تحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم.

بيد أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة إحتياطية، أى فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فى الاتفاقية

الأوربية ليس هو قانون الدولة مقر التحكيم - على نحو ما فلت اتفاقية نيويورك - بل القواعد المنصوص عليها في المادة الرابعة من الاتفاقية ذاتها.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه: «يجوز للأطراف النص في اتفاق التحكيم على أن: «أ- تخضع منازعاتهم لمركز تحكيم دائم. وفي هذه الحالة. يجرى التحكيم طبقاً للائحة هذا المركز المختار. أو ب - أن تخضع منازعاتهم لإجراءات التحكيم الحر Ad Hoc. وفي هذه الحالة. يكون للأطراف القدرة على ... تحديد الإجراءات واجبة الإتيان من قبل المحكمين».

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إذا اتفق الأطراف على تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الحر ... دون أن يتضمن اتفاق التحكيم أي بيان حول الإجراءات اللازمة لتنظيم التحكيم ... كان من حق المحكمين إتخاذ هذه الإجراءات». كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أن: «لرئيس الفرقة التجارية المختص أو اللجنة المختصة. حسب الأحوال. القدرة على تحديد القواعد الإجرائية الواجب مراعاتها من قبل المحكمين. سواء مباشرة أو بالجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم. وذلك إذا لم يتم المحكمون بتحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الصدد».

فكما هو واضح من النص. لقد ميزت الاتفاقية بين فرضين: الفرض الأول والذي يتفق فيه الأطراف على اتباع أسلوب التحكيم المؤسسي. وهو التحكيم الذي يجرى لدى أحد المراكز الدائمة للتحكيم. وفي هذا الفرض. أوضحت الاتفاقية أن التحكيم يسرى وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في لائحة هذا المركز الذي اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم تحت رعايته. وقد ذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى أن هذا النص يكشف عن تدويل حقيقي

(١) انظر:



لاجراءات التحكيم التجاري الدولي. حيث تبدو لائحة التحكيم وكأنها قانون دولي يخضع الأطراف له.

والفرض الثاني وهو الذى يتفق فيه الأطراف على اتباع أسلوب التحكيم الحر (أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة) وفى هذا الفرض. وضعت الاتفاقية ثلاث قواعد متتابعة يأخذ بها على التوالي. وهى: ١- من حق الأطراف تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين. ٢- فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الصدد. يكون من حق المحكمين أنفسهم القيام بهذه المهمة. ٣- فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف وعدم قيام المحكمين بتحديد القواعد الاجرائية. كان لرئيس الفرقة التجارية المختصة أو اللجنة الخاصة المختصة. حسب الأحوال. تحديد هذه القواعد سواء مباشرة أو بالاجراء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم.

وأول ما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد. أن هذا النص لم يشر إلى تطبيق أى قانون وطني ولو بصفة احتياطية بيد أن ذلك لا يمنع الأطراف. طبقا للحرية الممنوحة لهم فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين فى حالة التحكيم الحر. من النص على تطبيق قانون وطني معين ليحكم الاجراءات<sup>(١)</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> أن هذا النص. بالنظر إلى الحلول

---

(١) فى نفس المعنى راجع:

GOLDMAN (B.): Arbitrage ..., Op. Cit., Dalloz, Dr. int., PP. 129 - 130, N° 211 et SS, Spéc., N° 213.

(٢) انظر:

KLEIN (F.E.): L'arbitrage international ..., Op. Cit., P. 51 et la convention européenne ..., Op. Cit., P. 635, N° 12; RIDEAU (J.): Op. Cit., P. 25; GOLDMAN: Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, P. 130, N° 214 - 215; KOPELMANAS: La place de la convention ..., Op. Cit., P. 341; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 558, N° 785.

ونظرا أيضا المراجع المشار إليها فى الهامش رقم (١). ص ٤٧٦.

المختلفة التي وضعها لسالة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم دون أن يشير إلى تطبيق أى قانون وطنى معين. يكشف عن إرادة واضعى هذه الاتفاقية فى تحرير إجراءات التحكيم وتخليصها من سيطرة وسلطان القوانين الوطنية. وكذلك الابتعاد عن أى تدخل محتمل من جانب السلطات القضائية فى الدول المتعاقدة. حيث أن الاتفاقية قد استندت الدور الذى يمكن أن يقوم به القضاء الوطنى سواء عند بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها إلى رؤساء الغرف التجارية المختصة أو اللجان الخاصة حسب الأحوال.

## ٢ - اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥:

تنص المادة (٤٤) من هذه الاتفاقية على أنه «تسير إجراءات التحكيم طبقاً لنصوص القسم الحالى. وطبقاً لللائحة التحكيم النافذة فى التاريخ الذى ائتمن فيه الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم مالم يوجد اتفاق مخالف للأطراف. وإذا ثارت مسألة إجرائية غير منصوص عليها فى القسم الحالى أو فى لائحة التحكيم أو فى أى لائحة أخرى معتمدة من قبل الأطراف، يتم حسم هذه المسألة بواسطة محكمة التحكيم».

ويتضح من هذا النص أن القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على التحكيم الذى يتم فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار هي:-

- ١- فى المقام الأول، القواعد الاجرائية الواردة فى الاتفاقية. فهذه القواعد ملزمة للأطراف وللمحكمة التحكيم. وذلك فيما عدا، بالطبع، القواعد التى أجازت الاتفاقية للأطراف الاتفاق على مخالفتها.
- ٢- فى المقام الثانى، القواعد الاجرائية التى يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف للأطراف بحرية واسعة فى اختيار هذه القواعد. فيجوز لهم إعداد هذه القواعد بأنفسهم أو اختيار أى لائحة تحكيم معدة سلفاً مثل لائحة التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٧٦ أو اختيار قانون وطنى معين. كل ذلك بشرط عدم مخالفة القواعد الأمرة فى الاتفاقية والتى

لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(١)</sup>. ٢- وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، تطبق القواعد الإجرائية الواردة في لائحة التحكيم السارية لدى المركز الدولي في اللحظة التي اتفق فيها الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز. ٤- وإذا ثارت أي مسألة إجرائية غير منصوص عليها في الاتفاقية أو في اللائحة الإجرائية التي تبناها الأطراف أو اللائحة النافذة لدى المركز، يكون من سلطة محكمة التحكيم ذاتها حسم هذه المسألة، دون أن تكون ملزمة في ذلك بالاستناد إلى قانون دولة معينة<sup>(٢)</sup>.

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يشر، عند تحديده للقواعد الإجرائية واجبة التطبيق، إلى تطبيق أي قانون وطني معين ولو بصفة احتياطية. ولذلك، يرى جاتب من الفقه<sup>(٣)</sup> أن هذا النص يكشف عن إرادة

(١) انظر في نفس المعنى:

VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.): Op. Cit., PP. 513 - 514

(٢) انظر

GOLDMAN (B.): Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 18 Mars 1965 Pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, L'ouvrage collective dans l'investissements étrangères et l'arbitrage entre un État et une personne privé, pédone, Paris, 1969, P. 138; VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.): Op. Cit., P. 443.

(٣) انظر:

ROULET (J.D.): La convention du 18 Mars 1965 .... Op. Cit., P. 146; DELAUME: Le contre international ... Op. Cit., P. 809 et S.; GOLDMAN (B.): Le droit applicable ... Op. Cit., P. 138; EL-AHDAB (A.), Op. Cit., P. 838; CHAMY (E.): Op. Cit., P. 378, N° 361; VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., P. 443.

ونظر أيضا المراجع المشار إليها في الهامش رقم (٢)، ص ٤٧٦.

واضح الاتفاقية في تحقيق الاستقلال لاجراءات التحكيم التي تجرى في إطار المركز الدولي تجاه القوانين الوطنية. بل لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه في القرض الذي يختار فيه الأطراف قانون دولة معينة لتكملة القواعد الاجرائية الواردة في الاتفاقية، إعمالا للحرية التي يعترف بها للنس لهم، فإن هذا القانون سوف يطبق في هذه الحالة باعتباره لائحة معتمدة من قبل الأطراف، وليس باعتباره القانون المختص احتياطيا<sup>(١)</sup>.

كما ذهب آخرون إلى أنه إذا وجد المحكمون أنهم بحاجة إلى قواعد إجرائية فيمكنهم اللجوء إلى المبادئ العامة المستخلصة من *Dégagés* من المقارنة بين مختلف القوانين الوطنية أو مبادئ القانون الدولي، بدلا من اللجوء إلى قواعد قانون وطني معين يتحدد وفقا لقواعد تنازع القوانين<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

ونعرض تباعا لموقف كل من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦، والقانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٨٥، وكذلك لوائح التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة لندن للتحكيم والجمعية الأمريكية للتحكيم.

#### ١ - لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦:

تست الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه اللائحة على أن: «إذا اتفق طرفا عقد معين كتابة على أن تخضع المنازعات الناشئة عن هذا العقد

(١) انظر:

GOLDMAN (G.): *Le droit applicable* - Op. Cit., P. 138;  
DAVID (R.): *Op. Cit.*, P. 432.

(٢) انظر:

GAILLARD (E.): *Arbitrage* ... Op. Cit., J.C.L. Dr. int. fasc.  
586-8-1, N° 42.

للتحكيم وفقاً لللائحة تحكميم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. فإن هذه المنازعات يفصل فيها وفقاً لهذه اللائحة مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة».

كما نصت المادة (١٥) من هذه اللائحة على أنه «مع مراعاة أحكام هذه اللائحة، لمحكمة التحكيم أن تجري التحكيم بالطريقة التي تراها مناسبة. شريطة أن يتعامل الأطراف على قدم المساواة وأن ينتهي لكل طرف الفرصة كاملة في التمسك بحقوقه وتقديم أوجه دفاعه».

ويمكننا أن نستخلص من هذين النصين مايلي:

١ - أن اللائحة قد أكدت على مبدأ حرية الأطراف في وضع القواعد الإجرائية وإجبة التطبيق وأن هذه القواعد تكون لها الغلبة على القواعد الواردة في هذه اللائحة<sup>(١)</sup>.

٢ - إن اللائحة قد اعترفت للمحكّمين بسلطات واسعة في تسيير إجراءات التحكيم<sup>(٢)</sup>، ولكنها قيدت من هذه السلطات بضرورة توافر شرطين:

(أ) احترام القواعد الإجرائية الواردة في هذه اللائحة التي لا يكون للمحكّمين بشأنها أي سلطة تقديرية. وبالتالي تكون اللائحة قد اعترفت للأطراف بسلطات أوسع من سلطات المحكّمين. حيث أنها أجازت للأطراف الاتفاق على قواعد إجرائية تكون لها الغلبة في التطبيق على القواعد التي تتضمنها. بينما فرضت على المحكّمين اتباع بعض القواعد الإجرائية الواردة فيها.

(١) انظر في نفس المعنى: د. سايه ولشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي . المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٢) فقد لندت اللائحة إلى محكمة التحكيم. في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، مهمة تحديد مكان التحكيم (م ١٦)، وكذلك تحديد اللغة أو اللغات التي تستخدم أثناء الإجراءات (م ١٧). واتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بناء على طلب أحد الطرفين (م ٢٦)، توزيع نفقات التحكيم بين الطرفين (م ١٠). انظر:

(ب) احترام مبدأ المساواة وحقوق الدفاع وبصفة عام المبادئ الأساسية للتقاضى.

بيد أن هناك تساؤلا يمكن أن يثور هو هل يتمتع الأطراف بحرية مطلقة فى تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، بحيث يجوز لهم - وفقا لهذه اللانحة - اختيار قواعد إجرائية تكون منبئة الصلة بأى قانون وطنى. بعبارة أخرى هل يمكن القول بأن هذه اللانحة تسمح باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، أى تحررها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى؟

لقد أجابت اللانحة ذاتها على هذا السؤال. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على أنه: «تحكم هذه اللانحة التحكيم، مع مراعاة أنه فى حالة التنازع بين أحد نصوص هذه اللانحة وأحد نصوص القانون واجب التطبيق، على التحكيم التى لا يجوز للأطراف مخالفتها، فإن هذا النص الأخير هو الذى يكون راجحا».

يستفاد من هذا النص أن لانحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة لا تسمح بالأخذ بالاتجاه الذى ينادى بتحرر إجراءات التحكيم كلية من الخضوع لأى قانون وطنى. بل إنها تفرض دائما أن هناك قواعد قانونية وطنية تخضع لها إجراءات التحكيم، ولا يجوز للأطراف، ومن ثم المحكمين، الخروج عليها. وإن هذه القواعد الوطنية تسمح فى حالة التنازع على القواعد الواردة فى هذه اللانحة، بحيث تستبعد هذه القواعد الأخيرة فى حالة تعارضها مع القواعد الواردة فى القانون واجب التطبيق على التحكيم<sup>(١)</sup>.

كما يستفاد من هذا النص، بمفهوم المخالفة، أن كل تحكيم لابد وأن يستند إلى نظام قانونى وطنى. ومن ثم يعد تطبيق قانون وطنى معين، على الأقل فى نصوصه الأمرة، على إجراءات التحكيم - على حد تعبير

(١) انظر: د. سمية راشد، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى .... المرجع السابق، ص

بعض الفقهاء (١) - مبدأ مقدس *Un principe intangible*، في مثل لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة (٢).

ولقد كان من الطبيعي أن يتعرض هذا النص للنقد من جانب أنصار استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. فقد ذهب أحد أنصار هذا الاتجاه (٣)، إلى أن هذا النص يمثل خطوة إلى الوراء بالمقارنة بالاتجاهات الحديثة. في مجال إجراءات التحكيم، والتي تأخذ بالاستقلال الكامل لإرادة الأطراف والمحكمين في تسيير هذه الإجراءات تلك الاتجاهات قد تم التعبير عنها بصفة خاصة في اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوروبية. حيث لم تمنح اتفاقية نيويورك (م ١/٥) للقانون الوطني سوى دور احتياطي. أما بالنسبة للاتفاقية الأوروبية فإنها لم تشر إلى أي قانون وطني ولو بصفة احتياطية. إن لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة بتضمينها هذا النص، تعاود من جديد الأخذ بفكرة خضوع إجراءات التحكيم إلى قانون وطني معين على الأقل في نصومه الأمرة. ومن ثم يصبح البحث عن القانون واجب التطبيق على التحكيم أمراً ضرورياً، وتعود إلى الظهور من جديد مسألة تنازع القوانين في مجال إجراءات التحكيم وما تثيره من صعوبات.

في الحقيقة إن الانتقاد الذي يمكن أن يوجه إلى لائحة لجنة الأمم المتحدة هو أنها لم تبين ما هو القانون واجب التطبيق، أو كيفية تحديد

---

(١) انظر:

BOISSESON : Op. Cit., P. 664, N° 710.

(٢) ويدعم هذا أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٢/٢ من هذه اللائحة بقولها «تفصل محكمة التحكيم بوصفها محكماً بالصلح (أي وفقاً لقواعد العدل والإنصاف) إذا كان مرخصاً لها بذلك من قبل الأطراف وإذا كان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز لها ذلك». حيث يستفاد من هذا النص أنه من الضروري معرفة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لكي نحدد بعد ذلك ما إذا كان يجيز التحكيم وفقاً لقواعد العدل والإنصاف أم لا.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Le règlement d'arbitrage, Op.Cit., P. 824 etSS.

هذا القانون. هل يتحدد بناء على الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف؟ وما هو الدور الذى يمكن أن يؤديه ضابط مكان التحكيم فى تحديد هذا القانون؟ وهل يمكن الإستناد على ضوابط أخرى للإستناد مثل جنسية المحكمين أو القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع؟ وحتى بعد التعرف على هذا القانون. كيف يمكن تحديد القواعد الإجرائية الواردة فى هذا القانون والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها؟

لقد جاءت اللانحة خالية من أى معيار يمكن على أساسه التمييز بين ما يعد من قبيل القواعد التكميلية التى يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وما يعد من قبيل القواعد الأمرة التى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

وقد ذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى أن القانون الوطنى واجب التطبيق والذى لا يجوز للأطراف. وبالتالي المحكمين. الاتفاق على مخالفة القواعد الأمرة فيه هو قانون الدولة مقر التحكيم. فهذا القانون هو الذى يحدد إذا كان من الممكن تطبيق القواعد الواردة فى لانحة التحكيم المختارة بواسطة الأطراف. وإذا تعارضت بعض القواعد الواردة فى هذه اللانحة مع النصوص الأمرة فى هذا القانون، فإن الظلة تكون لهذه الأخيرة.

بيد أننا نرى أنه يجب الأخذ فى الاعتبار أن هذه اللانحة محل البحث سادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى. ولذلك كان طبيعيا أن تتجاهل مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وذلك لأن هذه المسألة قد سبق أن تناولتها اتفاقية دولية جماعية صدرت فى ظل منظمة الأمم المتحدة ألا وهى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الإتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

وفى ضوء ذلك. نرى أنه يجب الرجوع بشأن تحديد القانون

HOLITZMANN: Op. Cit. P. 282.

(١) انظر:

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه د. سامية راشد، التحكيم فى إطار المركز  
الأقليمى ... المرجع السابق، ص ٥٩ وميلهما، خصوصا ص ٥٩، بند ٢٦.



واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. عندما يتفق الأطراف على التحكيم وفقا للادعة تحكيم لجنة الأمم المتحدة، إلى نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، أي الأخذ في المقام الأول بالقانون الوطني المختار صراحة بواسطة الأطراف. وفي حالة غياب هذا القانون، يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة مقر التحكيم.

أما من ناحية كيفية التعرف على القواعد الأمرة في القانون واجب التطبيق، فإننا نرى أنه بمجرد معرفة هذا القانون - سواء أكان القانون المختار صراحة من قبل الأطراف أو قانون الدولة مقر التحكيم في حالة غياب الاختيار السريع من جانب الأطراف - فإنه يتمين الرجوع إلى هذا القانون ذاته في شأن تحديد ما يعد من قبيل القواعد الأمرة التي لا يجوز للأطراف الخروج عليها، وما يعد من قبيل القواعد المكملة التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

## ٢ - القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥:

لقد تناول هذا القانون مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في ثلاثة نصوص مختلفة وهي المادة (١٩) من الفصل الخامس المتعلق بسير إجراءات التحكيم، والمادة (٢٤) من الفصل السابع المتعلق بطرق الطعن في حكم التحكيم، والمادة (٢٩) من الفصل الثامن المتعلق بالإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها. ونبين فيما يلي الحلول التي قررتها هذه النصوص لمسألة القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم.

فقد نصت المادة (١٩) ص ١٥ القانون س١ - ١١ - مع مراعاة أحكام هذا القانون، فإن للأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات الواجبة الاتباع من قبل محكمة التحكيم. ٢- وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق، يجوز لمحكمة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة . . . .

يستفاد من هذا النص أن القانون النموذجي قد تبني مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية واجبة التطبيق كما أنه أعطى للمحكّمين حرية كبيرة في تسيير إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الصدد.

بيد أن حرية الأطراف، وكذلك المحكّمين، في تحديد القواعد الإجرائية حرية مقيدة بضرورة احترام القواعد الإجرائية الأمرة الواردة في هذا القانون. ويمكن القول بأن القواعد الأمرة في هذا القانون هي القواعد التي لم يعجز هذا القانون للأطراف الاتفاق على مخالفتها وتلك التي لم يعط للمحكّمين بشأنها أي سلطة تقديرية فهذا هو معنى التحفظ الوارد بمصدر المادة والذي يقول «مع مراعاة أحكام هذا القانون».

ولما كان هذا القانون لا يطبق على التحكيم إلا إذا كان مكان التحكيم يقع في إقليم الدولة التي تعتمد (م ٢/١)، فإن معنى ذلك أن هذا القانون يوجب، في الواقع، على الأطراف والمحكّمين احترام القواعد الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم. ولقد نص هذا القانون صراحة على جزاء مخالفة هذه القواعد، وهو بطلان حكم التحكيم (م ٢/٢٤).

وقد نصت المادة (٢/٢٤) من هذا القانون على أن «لا يجوز للمحكمة القضائية المشار إليها في المادة السادسة من هذا القانون إبطال أي حكم تحكيم إلا إذا: أ- قدم الطرف مقدم الطعن الدليل على أن: ١- تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الأطراف. شريطة ألا يكون هذا الاتفاق مخالفا لأحد أحكام هذا القانون التي لا يجوز للأطراف مخالفتها. أو لم تكن مطابقة لهذا القانون في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف ...».

ويستفاد من هذا النص المتعلق ببطلان حكم التحكيم أن القانون النموذجي يشترط لعدم إبطال حكم التحكيم من جانب السلطة القضائية المختصة في الدولة مقر التحكيم أن يكون تشكيل محكمة التحكيم وكذلك إجراءات التحكيم مطابقة لاتفاق الأطراف. وبهذا يكون القانون النموذجي قد

أخذ سبباً حرية الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم وتحديد الإجراءات واجبة الاتباع أمام المحكمين. ولكن بشرط عدم مخالفة اتفاق الأطراف للتواعد الإجرائية الأمرة في هذا القانون. أي قانون الدولة مقر التحكيم.

وفي حالة عدم وجود أى اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، أوجب القانون النموذجي أن يكون تشكيل محكمة التحكيم وكذلك إجراءات التحكيم مطابقاً لأحكام هذا القانون. أي قانون الدولة مقر التحكيم باعتبار أن أحكام القانون النموذجي لا تنطبق، وفقاً لنص المادة (٢/١) إلا إذا كان التحكيم يجرى على إقليم الدولة التي اعتمدته. ومن الجدير بالملاحظة أن هذا النص، على خلاف النص السالف الذكر، لم يشير إلى أى سلطة للمحكمين في هذا السدد.

وأخيراً، نصت المادة (١/٢٦) من هذا القانون على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه. أيما كان البلد الذي صدر فيه: أ- إلا بناء على طلب الطرف المتسكّض بالحكم وإذا استطاع هذا الطرف أن يقدم للمحكمة المختصة المطلوب منها الاعتراف بالحكم أو تنفيذه الدليل على أن: ب- تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الأطراف أو لقانون البلد الذي كان يجرى فيه التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف».

ويستفاد من هذا النص أن القانون النموذجي يشترط للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أن يكون تشكيل محكمة التحكيم وكذلك إجراءات التحكيم مطابقاً لاتفاق الأطراف في المقام الأول أو لقانون الدولة مقر التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في المقام الثاني.

ومما تجدر ملاحظته أن هذا النص قد جاء مخالفاً للنصين السالف الإشارة إليهما، حيث أنه قد تجاهل الإشارة إلى احترام اتفاق الأطراف للتواعد الإجرائية الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم. ومن ثم يكون هذا النص قد أخذ في المقام الأول باتفاق الأطراف حتى ولو جاء مخالفاً للنصوص الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم. وأن هذا القانون الأخير لا يكون له سوى دور احتياطي في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

كما يلاحظ أيضا أن هذا النص لم يشر، على خلاف النص الأول السابق ذكره، إلى أية سلطة للمحكمين في هذا الصدد.

نخلص مما تقدم أن القانون النموذجي قد تضمن ثلاثة حلول متباعدة لسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. الحل الأول يتشمل في الاعتداد - في المقام الأول - باتفاق الأطراف في تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، يكون للمحكمين حرية تحديد هذه القواعد، ولكن بشرط مراعاة القواعد الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وتلك التي لا يكون للمحكمين بشأنها أية سلطة تقديرية (م ١٩/٢-٢). والحل الثاني ويتشمل في الاعتداد باتفاق الأطراف في المقام الأول شريطة ألا يتعارض هذا الاتفاق مع أحد النصوص الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، يعتد بقانون الدولة مقر التحكيم (م ٢٤/٢). الحل الثالث والأخير يأخذ في المقام الأول باتفاق الأطراف. وفي حالة غياب هذا الاتفاق، يعتد بقانون الدولة مقر التحكيم (م ٢٦/١).

وكنا نفضل أن يأخذ القانون النموذجي بحل واحد يطبق في جميع الأحوال وبصفة خاصة الحل الأخير لأن هذا الحل هو الذي أخذت به اتفاقية نيويورك على نحو ما رأينا.

وأخيرا، تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن نصوص القانون النموذجي - السابق البيان - لا تسمح بأي حال من الأحوال بالأخذ بالاتجاه الذي ينادى بتحرير إجراءات التحكيم كلية من الخضوع لأى قانون وطنى معين.

### ٣ - لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس:

كانت المادة (١٦) من لائحة التحكيم السارية منذ سنة ١٩٥٥ وحتى سنة ١٩٧٥، تنص على أن «القواعد واجبة التطبيق على الاجراءات نما. تحكم هي القواعد الواردة في هذه اللائحة». وفي حالة سكوت اللائحة.

فإن القواعد واجبة التطبيق هي القواعد الواردة في القانون الاجرائى المختار بواسطة الأطراف أو القواعد الاجرائية السارية في البلد الذى يجرى فيه التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف» (١).

ويستفاد من هذا النص أن القواعد القانونية التى كانت واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وفقًا للامعة السابقة للفرقة هي:

١ - القواعد الاجرائية الواردة فى اللامعة المعمول بها لدى الفرقة.

٢ - وفى حالة وجود أى نص فى اللامعة. تكون القواعد واجبة التطبيق هي القواعد الاجرائية الواردة فى القانون المختار مراحة من قبل الأطراف.

٣ - وفى الحالة التى لا يعمل فيها الأطراف اختيارهم. تكون القواعد واجبة التطبيق هي القواعد الاجرائية الواردة فى قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم.

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يكن يعطى للمحكمين أى سلطة تقديرية فى هذا الشأن. بل كان المحكمون ملزمين بتطبيق القواعد الإجرائية الواردة فى اللامعة أو الواردة فى القانون الاجرائى المختار بواسطة الأطراف أو الواردة فى قانون الدولة مقر التحكيم على النحو السالف بيانه (٢).

---

(١) راجع فى هذا النص والتطبيق عليه:

FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 329, N° 506.

(٢) ومن أحكام التحكيم التى صدرت فى ظل المادة (١٦) من هذه اللامعة راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 1512, en 1971, Clunet 1974, P. 904, Obs. Y. Derains.

وفى هذه القضية تمسك كل من الطرفين، الباكستى والهندي، بتطبيق قانونه الوطنى على إجراءات التحكيم. بيد أن المحكم استبعد تطبيق القانون الإجرائى الوطنى لكل منهما (فى القانون الباكستى والهندي) وبعد أن ثبت المحكم غياب الاختيار

بيد أن الفرقة قد عدلت عن هذا الاتجاه في اللانحة الجديدة التي بدأ العمل بها في أول مايو سنة ١٩٧٥. فقد نصت المادة (١١) منها على أن: «القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي القواعد الواردة في هذه اللانحة. وفي حالة سكوت اللانحة. تطبق القواعد التي يحددها الأطراف أو المحكمون في حالة تقاعس الأطراف. سواء استندوا في ذلك أم لا إلى قانون إجراءات داخلي».

وكما هو واضح من النص فإن القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذي يتم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية هي كالتالي:

١ - القواعد الإجرائية الواردة في لانحة التحكيم النافذة لدى الفرقة ذاتها.

٢ - وفي حالة وجود أي نفس في هذه اللانحة. القواعد التي يختارها الأطراف بأنفسهم سواء استندوا في ذلك إلى قانون وطني أم لا.

٣ - وفي حالة غياب القواعد المختارة بواسطة الأطراف. القواعد التي يحددها المحكمون بأنفسهم سواء بالاستناد إلى قانون وطني معين أم لا.

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه قد أُلغى الاختصاص الاحتياطي والأمر لقانون الدولة مقر التحكيم. وجعل الاختصاص الاحتياطي للمحكمين أنفسهم. كما أنه قد أشار صراحة إلى حرية الأطراف. والمحكمين احتياطياً. في تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق دون أن يلزمهم بالاتجاه إلى قانون وطني معين<sup>(١)</sup>.

---

- الصريح من قبل الأطراف أنه المحكم أنه من الواجب. وفقاً للمادة ١٩ من لانحة الفرقة. اتباع قانون الاجرامات المبنى لمقاطعة جنيف بسويسرا. وذلك باعتباره قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.

(١) راجع في ذلك:

GOLDMAN (B.): La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international, Rev. Arb., 1981, P. 476; ROBERT (J.): Op. Cit., 5<sup>e</sup> édition 1983, P. 272.

وفي ضوء ذلك يمكن القول بأن هذا النص يسمح بالأخذ بالاتجاه الذى يقضى باستقلال إجراءات التحكيم وتحريرها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى، حيث أنه يجيز للمحكمن تطبيق قواعد إجرائية غير وطنية Anationales<sup>(١)</sup>. بيد أن الواقع العملى للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية يكشف عن لجوء المحكمين من أجل تكملة القواعد الواردة فى لائحة تحكيم الفرقة أو تلك المتفق عليها بين الأطراف إلى تطبيق قانون وطنى معين، غالباً ما يكون قانون الدولة مقر التحكيم<sup>(٢)</sup>.

#### ٤ - لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم:

تنص المادة الخامسة من هذه اللائحة على أنه «١- لأطراف حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم ... ٢- وفى حالة عدم وجود قواعد إجرائية متفق عليها بواسطة الأطراف، أو فى حالة سكوت هذه اللائحة، كان لمحكمة التحكيم سلطة كبيرة فى تحديدها، وفقاً للقانون واجب التطبيق. وذلك من أجل تسوية عادلة وسريعة واقتصادية وحاسمة للنزاع»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع فى ذلك:

DERAINS (Y.): Observations sous la sentence rendue dans l'affaire N° 2879 en 1978, Clunet 1979, P. 989 etSS.; BOISSESON (M.): Le droit Français ... Op. Cit., P. 667 etSS. N° 712; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 559, N° 786; BÉGUIN (J.): Op. Cit., PP. 150 - 151, N° 147.

(٢) ومن الأحكام الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية وفى ظل المادة ١١ من لائحة التحكيم الجديدة وأُخذت بهذا العمل راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 2730 en 1982, Clunet 1984, P. 914 etSS; Sentence rendue dans l'affaire N° 3742 en 1983, Clunet 1984, P. 910.

(٣) راجع فى هذا النص وتطبيق عليه:

GAILLARD (E.): Arbitrage ..., Op. Cit., JCL. Dr. int., Fasc. 586-80-1, N° 50 - 51.

يستخلص من هذا. النس أن القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذي يتم تحت رعاية محكمة لندن للتحكيم هي القواعد الاجرائية التي يتفق عليها الأطراف في المقام الأول. والقواعد الواردة في اللانحة في المقام الثاني. ومن هذه الناحية تختلف لانحة محكمة لندن عن لانحة غرفة التجارة في أن هذه الأخيرة تعطى الأولوية في التطبيق للقواعد الواردة في اللانحة ذاتها.

وفي حالة غياب القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف. ووجود أي نص في لانحة التحكيم. فإن اللانحة قد اعترفت لمحاكمة التحكيم بسلطات واسعة في تحديد الإجراءات واجبة الاتباع. بيد أن اللانحة قد اشترطت أن يمارس المحكمون هذه السلطات وفقا للقانون واجب التطبيق. دون أن تحدد هذا القانون أو تبين كيفية تحديده.

#### ٥ - لانحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم:-

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه اللانحة على أنه «... يسير التحكيم طبقا لهذه اللانحة. كما هي نافذة في التاريخ الذي يبدأ فيه التحكيم. مع مراعاة التعديلات المتفق عليها كتابة بين الأطراف».

يستفاد من هذا النص أن اللانحة قد اعترفت للأطراف بإمكانة تعديل اللانحة والاتفاق على قواعد إجرائية مخالفة لتلك الواردة فيها<sup>(١)</sup>. وبهذا تكون هذه اللانحة قد أكدت. في المقام الأول. على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أمام المحكمين. وفي حالة عدم

---

(١) ويستفاد نص النص من نص المادة (٢٦) والتي تنص بأنه: «إن الطرف الذي يطلب أن يحكم من أحكام هذه اللانحة أو شرطا من شروطها قد تمت مخالفته. ومع ذلك يستمر في التحكيم دون أن يقدم أي إعتراض يعتبر أنه قد تنازل عن حقه في التمسك به». في التعليق على هذين النصين انظر:

JOLY (F.): Le règlement d'arbitrage international de l'Association Américaine d'arbitrage, Rev. Arb. 1993, P. 401, Spéc, pp. 415 - 416.



وجود اتفاق مخالف للأطراف. تسرى على إجراءات التحكيم لائحة التحكيم النافذة وقت البدء فى التحكيم. ويتفق هذا النص مع نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة، وكذلك المادة الخامسة من لائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم، من حيث أنه قد جعل لاتفاق الأطراف الأولوية فى التطبيق على القواعد الواردة فى اللائحة ذاتها، وذلك على خلاف المادة (١١) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية والتي نصت على تطبيق القواعد الواردة فى اللائحة فى المقام الأول.

كما تنص الفقرة الأولى من المادة (١٦) من هذه اللائحة على أنه: «مع مراعاة أحكام هذه اللائحة، فإن لمحكمة التحكيم أن تدير التحكيم بالكيفية التى تراها مناسبة شريطة أن يتعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تطلى كل طرف الحق فى سماعه وتقديم أوجه دفاعه» (١).

ويكاد يتطابق هذا النص، حرفيا، مع نص المادة (١٥) من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة. وقد أعطى هذا النص للمحكمن حرية تحديد الاجراءات واجبة الاتباع، ولكنه قيد من هذه الحرية بضرورة احترام القواعد الاجرائية الواردة فى اللائحة. ومن ثم تكون اللائحة قد اعترفت للأطراف بسلطات أوسع من المتعرف بها للمحكمن. ففى حين أنها أجازت للأطراف الاتفاق على قواعد إجرائية مخالفة لتلك الواردة فى اللائحة، فإنها فرضت على المحكمن اتباع القواعد الاجرائية التى تتضمنها. وهذه القواعد الأخيرة هى بالمعنى تلك التى لا يكون للمحكمن بشأنها أى سلطة تقديرية.

السؤال الذى يثور الآن هو هل يمكن أن نستخلص من هذين النصين، نظرا للحرية التى اعترفا بها للأطراف ثم للمحكمن فى تنظيم إجراءات التحكيم، أن لائحة تحكيم الجمعية الأمريكية للتحكيم تسمح بالأخذ بالاتجاه الذى يقضى باستقلال إجراءات التحكيم وتحريرها كلية من الخضوع إلى

(١) انظر فى التطبيق على هذا النص

قانون وطنى على نحو ما خُلس إليه الفقه - على نحو ما رأينا - من نص المادة (١١) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية؟ أم أن هذه اللائحة لا تأخذ بهذا الاتجاه المنحصر ومتقضى دأنا استناد إجراءات التحكيم الذى يرسى وفقا لها إلى قانون وطنى معين على نحو ما فعلت لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة.

لقد أجابت اللائحة ذاتها عن هذا السؤال. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على أنه «تحكم هذه اللائحة، مع مراعاة أنه فى حالة التنازع بين أحد نصوص هذه اللائحة وأحد نصوص القانون واجب التطبيق على التحكيم التى لا يعوز للأطراف مخالفتها، فإن هذا النص الأخير هو الذى يطبق».

ويكاد يتطابق هذا النص، حرفيا، مع نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة. ويستفاد من هذا النص أن لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم ترفض الأخذ بذلك الاتجاه الذى يقضى باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى. بل إن اللائحة تفترض دأنا وجود قواعد قانونية وطنية تخضع لها إجراءات التحكيم ولا يعوز للأطراف، وبالتالي المحكمين، الاتفاق على مخالفتها. ولأن هذه القواعد تكون لها الأولوية فى التطبيق على القواعد الواردة فى لائحة التحكيم فى حالة الاختلاف فيما بينهما<sup>(١)</sup>. بيد أن اللائحة لم تبيّن ماهو القانون واجب التطبيق الذى لا يعوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، والذى تكون نصوصه راجعة على نصوص اللائحة. كما أنها لم تبيّن كيفية تحديده.

مجمل القول: أن قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية تمتد فى المقام الأول بإرادة الأطراف فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. وفى

(١) فى نفس المعنى انظر:

حالة عدم وجود قواعد إجرائية مختاره بواسطة الأطراف، تمنح المحكمين سلطة تحديد هذه القواعد. بيد أن هذه القواعد تختلف فيما بينها من حيث مدى الحرية المقررة للأطراف والمحكمين في هذا الشأن. ففي حين أن قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية تمنح الأطراف، والمحكمين على سبيل الاحتياط، الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم، فإن قواعد التحكيم الأخرى تمنح الأطراف، والمحكمين، حرية مشروطة بمراعاة القواعد الأمرة في القانون واجب التطبيق.

### **المطلب الثالث**

#### **موقف القوانين الوطنية الحديثة**

بالإطلاع على نموس العديد من القوانين الوطنية، وبصفة خاصة تلك التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم، يمكن القول من حيث المبدأ أن معظم القوانين الوطنية قد نمت على الأخذ في المقام الأول ببدء سلطان الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية واجبة الإلتزام أمام المحكمين. كما أنها منحت في المقام الثاني للمحكمين أنفسهم سلطة تحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود قواعد إجرائية مختارة من قبل الأطراف أو عدم كفاية هذه القواعد.

بيد أننا نلمس اختلافا بين هذه القوانين من حيث مدى الحرية التي قررت لها للأطراف، والمحكمين بصفة احتياطية، في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق. وفي هذا السدد، يمكننا أن نميز بين ثلاث طوائف من هذه القوانين: الطائفة الأولى وقد منحت للأطراف، والمحكمين احتياطيا، الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم.

ويأتي في مقدمة هذه القوانين، القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٨١. فقد نمت المادة (١٤٩٤) من هذا القانون على أنه: ١- يجوز لاتفاق التحكيم أن ينظم الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم سواء مباشرة أو بالاستناد إلى لائحة تحكيم؛ ويجوز له أيضا

إخضاع هذه الاجراءات إلى قانون الاجراءات الذى يحدده. ٢- وفى حالة سكوت الاتفاق، ينظم المحكم الاجراءات، بالقدر الذى يحتاجه، سواء مباشرة أو بالاستناد إلى قانون معين أو إلى لائحة تحكيم».

وكما هو واضح من النص، لقد أخذ المشرع الفرنسي، فى المقام الأول، بمبدأ استقلال الإرادة فى تنظيم إجراءات التحكيم، كما أنه أخذ، فى المقام الثانى، بمبدأ حرية المحكمين فى تنظيم هذه الاجراءات وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص.

فقد أعطى المشرع لإرادة الأطراف الحرية الكاملة فى تنظيم إجراءات التحكيم، فأجاز لهم أن ينظموا الاجراءات إما مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم أو بإخضاع الاجراءات لقانون وطنى من اختيارهم.

ومن ثم يجوز للأطراف تنظيم كافة المسائل الاجرائية فى اتفاقهم التحكيمى، دون أن يكونوا ملزمين باللجوء إلى قواعد إجرائية معدة سلفاً. كما يجوز لهم المزج بين عدة قوانين وطنية<sup>(١)</sup>، بل ويجوز لهم أيضاً تجميد القانون الوطنى المختار من قبلهم، أى استبعاد التعديلات اللاحقة التى قد تحدث فى هذا القانون بعد اتفاقهم<sup>(٢)</sup>. كما يجوز لهم أيضاً إخضاع الاجراءات لتواعد اجرائية لا تنتمى لنظام قانونى معين كما لو لجأوا إلى المبادئ الاجرائية المشتركة فى عدة قوانين وطنية أو المبادئ العامة للاجراءات المشتركة فى كل الأنظمة الوطنية أو فى قانون التجار الجديد للإجراءات La lex mercatoria de procedure<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

BOISSESON: Le droit Français ... Op. Cit., P. 658;  
COHEN (D.), Op. Cit., P. 172.

(٢) راجع:

BELLET (P.) et MEZGER 9E.): L'arbitrage international  
dans le nouveau code de procedure civile, Rev. Crit.,  
1981, P. 611, Spéc. P. 625.

(٣) راجع:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... Op. Cit., JCL, Dr. int. fasc  
586-8-1, N° 27.

كما يجوز للأطراف الاتفاق على أن تسرى إجراءات التحكيم وفقاً لللائحة التحكيم السارية لدى أحد المراكز الدائمة للتحكيم مثل لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية أو لائحة محكمة لندن للتحكيم. كما يجوز للأطراف، أخيراً، اختيار قانون وطني معين لكي يحكم إجراءات التحكيم. ويلاحظ أن المشرع قد وضع هذا الحل، أي اختيار قانون إجرائي وطني، في المرتبة الأخيرة، كما أنه أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار هذا القانون ولم يستلزم وجود أي صلة بين القانون المختار وبين عناصر التحكيم مثل جنسية الأطراف أو المحكّم أو محل إقامتهم أو المكان الذي يجري فيه التحكيم<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك يكون المشرع الفرنسي، في قانون التحكيم الجديد، قد تجاوز المفهوم المقرر لبداً سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود في مجال القانون الدولي الخاص، والذي يتلخّص في حرية الأطراف في اختيار قانون وطني معين من بين القوانين التي تتنازع فيما بينها لحكم الملاءة<sup>(٢)</sup>.

كما أعطى المشرع الاختصاص للمحكّمين بتحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد المتفق عليها بينهم.

وقد منح المشرع للمحكّمين نفس السلطات التي منحها للأطراف، فأجاز لهم تنظيم إجراءات التحكيم سواء بمطريق مباشر أو باللجوء إلى قانون وطني أو لائحة تحكيم. وبناء عليه يجوز للمحكّمين أن يصيغوا

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.): La volonté ... Op. Cit., P. 475; COHEN (D.), ..... Op. Cit., P. 172, N° 37.

(٢) انظر:

BELLET et MEZGER: Op. Cit., PP. 620 - 621; KLEIN: La nouvelle réglementation Française de l'arbitrage international et les lois suisses, R.T.S., 1984, P. 59.

بأنفسهم إجراءات التحكيم أو أن يلجأوا في ذلك إلى لائحة تحكيم أو اختيار قانون وطني معين أو المزج بين عدة قوانين وطنية أو اللجوء إلى مبادئ إجرائية فوق وطنية *Supra-Nationaux*<sup>(١)</sup>. كما يجوز للمحكّمين عدم اجراء أي خيار من ذلك. فهم ليسوا ملزمين بأن يضعوا مقدما تقنيًا يشتمل على كل القواعد الاجرائية واجبة الاتباع. بل يمكنهم حسم المسائل الاجرائية أولاً بأول أثناء سير خصومة التحكيم. وهو ما يستفاد من صدر الفقرة الثانية من النص السابق بقولها: «... ينظم المحكم الإجراءات بالتقدير الذي يحتاجه» *Autant qu'il est besoin*<sup>(٢)</sup>.

الخلاصة أن المشرع الفرنسي. في قانون التحكيم الجديد. قد اعترف للأطراف والمحكمين بالحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم دون أن يفرض عليهم تطبيق قانون وطني معين أو مراعاة حتى الأحكام الأمرة في أي قانون وطني. ومن ثم يمكن القول بأن المشرع الفرنسي قد أخذ بالاتجاه الذي يقضى باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأي قانون وطني<sup>(٣)</sup>.

وقد أعرب بعض الفقهاء<sup>(٤)</sup> وبحق عن قلقه وتخوفه من هذه

---

(١) انظر في ذلك:

GAILLARD (E.): Arbitrage ..... Op. Cit., JCL, Dr. Int. Fasc 586-8-1, N° 28.

(٢) في نفس المعنى راجع:

GOLDMAN (B.): La volonté ... Op. Cit., P. 475; COHEN (D.), Op. Cit., P. 175, N° 43; BÉGUIN (J.), Op. Cit., P. 150 et SS. N° 147.

(٣) انظر:

LEVEL (P.), La procedure arbitrale, D.P.A.I., 1984, P. 58 et SS; FOUCHARD: L'arbitrage international en France Après. ... Op. Cit., P. 387 et S. Spéc. P. 388, N° 24.

(٤) انظر:

BELLET et MEZGER: Op. Cit., P. 621.

الحرية الممنوحة للأطراف والمحكمين في تنظيم إجراءات التحكيم من أنها قد تؤدي إلى حلول متناقضة Paradoxales وتضاعف من حالات انعدام الأمان القانوني L'incertitude juridique في العلاقات الدولية بدلا من التقليل منها. في حين يرى البعض الآخر<sup>(١)</sup> أن هذا التخوف لا مبرر له وأن الحرية المطلقة الممنوحة للأطراف والمحكمين في تحديد - أو حتى في ابتداء - إجراءات التحكيم لا يجب الحكم عليها إلا مع الأخذ في الاعتبار القيود Contraintes التي تفرضها الأنظمة القانونية في البلدان التي يطعن فيها ضد حكم التحكيم بالبطالان وتلك التي يطلب فيها الاعتراف بالحكم وتنفيذه. ومن أهم هذه القيود تلك المستمدة، بداهة، من النصوص المتعلقة بالنظام العام في قانون الدولة التي يكون حكم التحكيم محل طعن بالبطالان أمام محاكمها.

وفي نفس الاتجاه أيضا يمكن أن نذكر القانون السويسري الجديد بشأن التحكيم الدولي الخاص. فقد نصت المادة (١٨٢) من هذا القانون على أنه: «١- يجوز للأطراف تنظيم إجراءات التحكيم مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم، كما يجوز لهم أيضا إخضاع هذه الإجراءات لقانون إجراءات من اختيارهم. ٢- إذا لم ينظم الأطراف الإجراءات، تتولى محكمة التحكيم تحديدها، حسب الحاجة. سواء مباشرة أو باللجوء إلى قانون معين أو لائحة تحكيم».

وكما هو واضح من النص، لقد اعتنق المشرع السويسري - مثل نظيره الفرنسي - في قانون التحكيم الجديد مبدأ استقلال إرادة الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم، معترفا لهم بحرية غير محدودة. فأجاز لهم أن يصيغوا بأنفسهم مباشرة في اتفاق التحكيم القواعد الإجرائية واجبة التطبيق أو أن يتفقوا على أن تسمى إجراءات التحكيم وفقا للائحة

(١) انظر:

التحكيم النافذة، مثلا. لدى محكمة لندن للتحكيم، أو أن يختاروا قانونا وطنيا معينا ليكون هو الواجب التطبيق على الإجراءات، دون أن يكونوا ملزمين باختيار قانون وطني معين. وإذا ما اتفق الأطراف على شيء من ذلك، فإن هذا الاتفاق يكون ملزما للمحكّمين.

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو في حالة نقص القواعد الاجرائية المتفق عليها من قبلهم، فإن الاختصاص بتحديد القواعد الإجرائية يتعقد للمحكّمين أنفسهم. مع الاعتراف لهم بنفس السلطات المعترف بها للأطراف. فيجوز لهم أن يضعوا بأنفسهم القواعد الإجرائية أو يلجأوا في ذلك إلى إحدى لوائح التحكيم أو تطبيق قانون وطني معين. بل إن المحكّمين غير ملزمين بأن يضعوا مقدما القواعد الاجرائية واجبة الاتباع، ويمكنهم تحديد هذه الإجراءات أولا بأول أثناء سير خصومة التحكيم.

والتيقّد الوحيد الذي يرد على حرية الأطراف والمحكّمين هو ضرورة احترام مبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة. وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها: «أيا كانت الإجراءات المختارة، يجب على محكمة التحكيم ضمان تحقيق المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة»<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع السويسري لم ينس على تطبيق قانون وطني معين ولو بسنّة احتياطية، ومن ثمّ يمكن القول بأن القانون السويسري الجديد قد اتجه نحو الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم وتحريرها كليّة من الخضوع لأيّ قانون وطني.

---

(١) راجع مع المزيد من التفصيل:

LALIVE (P.), POUDRET (J.) et REYMOND (C.): Op. Cit., P. 348 etSS.

وراجع أيضا:

Lalive (P.), et Gaillard (E.), Op. Cit., P. 935 etSS.

Reymond (C.), La nouvelle loi Suisse ..., Op. Cit., P. 410;

BUDIN (R.): Op. Cit., P. 58; TSCHANZ (PY): Le nouveau droit Suisse ... Op. Cit., PP. 445 - 446.



وقد أخذ بنفس الاتجاه المتحرر القانون الجزائري الجديد للتحكيم. قد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ٦ من هذا القانون على أنه: «يجوز لاتفاق التحكيم أن ينظم الاجراءات واجبة الاتباع في خصوصة التحكيم سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم. كما يجوز له أيضا اخضاع هذه الاجراءات لقانون الاجراءات الذي يحدده. وفي حالة سكوت الاتفاق، ومالم يوجد اتفاق مخالف للأطراف، تنظم محكمة التحكيم الإجراءات، بالقدر الذي تحتاجه، سواء مباشرة أو باللجوء إلى قانون معين أو إلى لائحة تحكيم».

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ في المقام الأول بعبء استقلال إرادة الأطراف في تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، مع الاعتراف لهؤلاء بالحرية الكاملة في تحديد هذه القواعد. فأجاز لهم أن يسيغوا بأنفسهم في اتفاق التحكيم القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أمام المحكمين أو أن يتفقوا على أن تسرى الاجراءات وفقا لإحدى لوائح التحكيم، مثل لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة. كما أجاز لهم أخيرا أن يتفقوا على تطبيق قانون وطني معين.

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد الاجرائية المتفق عليها من قبلهم، أعطى المشرع سلطة تحديد هذه القواعد للمحكمين أنفسهم، مع الاعتراف لهم بنفس الحرية التي قررها للأطراف، ومن ثم يجوز للمحكمين أن يسيغوا بأنفسهم إجراءات التحكيم أو أن يستندوا في ذلك إلى لائحة تحكيم معينة أو تطبيق قانون إجراءات وطني معين.

الخلاصة أن القانون الجزائري الجديد للتحكيم قد أعطى للأطراف والمحكمين الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم دون أن يلزمهم بتطبيق قانون وطني معين. ودون أن ينس على تطبيق قانون وطني معين ولو بصفة احتياطية، ومن ثم يكون القانون الجزائري قد اتجه نحو الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحريرها كلية من

الخضوع لأى قانون وطنى<sup>(١)</sup>. على غرار القانون الفرنسى والقانون السويسرى كما رأينا.

والى جانب هذه الطائفة من القوانين المتحررة، هناك طائفة ثانية من القوانين الحديثة والتي وإن كانت قد أخذت ببدء سلطان الإرادة فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، كما أعطت سلطة تحديد هذه القواعد للمحكمين أنفسهم فى حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف أو عدم كفايتها، بيد أنها لم تمنح الأطراف والمحكمين نفس الحرية التى منحها إياهم الطائفة الأولى، بل قيدت من هذه الحرية.

ومن هذه الطائفة يمكن أن نذكر قانون إقليم الكيبك الجديد بشأن التحكيم، فقد نصت المادة ٦/١٩٦٦ منه على أنه: «مع مراعاة أحكام هذا القانون التى لا يجوز مخالفتها، تنظم إجراءات التحكيم بواسطة المقد أو وفقا لقانون الاجراءات المدنية فى حالة عدم تنظيم المقد لها». وطبقا لنس المادة ١/١٩٦٦ من قانون المرافعات المدنية تدير إجراءات التحكيم وفقا للقواعد التى يحددها الأطراف فى اتفاق التحكيم، وفى حالة عدم وجود القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف، كان للمحكمين تحديد هذه القواعد.

ونخلص من هذين النصين إلى أن المشرع قد اعتد فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق باتفاق الأطراف فى المقام الأول، وفى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، أسند المشرع مهمة تحديد هذه القواعد فى المقام الثانى إلى المحكمين، بيد أن المشرع لم يقرر لأطراف أو المحكمين حرية مطلقة فى هذا الشأن، بل أوجب عليهم مراعاة القواعد الاجرائية التى لم يقرر لأى منهم سلطة تقديرية بشأنها. وهذا هو معنى التحفظ الوارد بسدر المادة ٦/١٩٦٦ بقوله: «مع مراعاة أحكام هذا القانون

(١) انظر:

التي لا يجوز مخالفتها». وبعبارة أخرى فإن المشرع قبل أن ينص على حرية الأطراف، والمحكمين في حالة غياب اتفاق الأطراف، أوجب عليهم مراعاة القواعد الإجرائية التي لا يجوز لهم مخالفتها<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون الأسباني الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة (٢١) من هذا القانون على أنه: «١- يجب أن تكون خصومة التحكيم مطابقة دائما لأحكام هذا القانون، وأن تراعى المبادئ الأساسية المتعلقة بحضور الأطراف، ومبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف. ٢ - تخضع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف أو للقواعد المنشأة بواسطة المنظمة أو الجمعية التي أسندت إليها مهمة إدارة التحكيم أو لاتفاق المحكمين في حالة غياب القواعد المحددة بواسطة الأطراف أو بواسطة المنظمة أو الجمعية التي أسند إليها مهمة إدارة التحكيم».

ويمتد من الفقرة الثانية من هذه المادة أن المشرع الأسباني قد أخضع إجراءات التحكيم، للقواعد المتفق عليها من قبل الأطراف أو لتلك الواردة في لائحة التحكيم النافذة لدى مركز التحكيم الذي اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم تحت رعايته. وفي حالة عدم وجود مثل هذه القواعد أو عدم كفايتها، أخضع المشرع إجراءات التحكيم للقواعد التي يتفق عليها المحكمين أنفسهم. ولكن قبل أن ينص المشرع على حرية الأطراف ومراكز التحكيم والمحكمين في تنظيم إجراءات التحكيم، أوجب في الفقرة الأولى من المادة المذكورة أن تكون خصومة التحكيم مطابقة لأحكام هذا القانون دائما وذلك بقولها: «يجب أن تكون خصومة التحكيم دائما مطابقة لأحكام هذا القانون، وأن تراعى المبادئ الأساسية المتعلقة بحضور الأطراف، ومبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف». وهذا يعني أنه يجب على الأطراف والمحكمين احترام القواعد التي نص عليها القانون والمتعلقة بإجراءات

(١) انظر:

THUILLEAUX (S.): La loi de 1986 Sur l'arbitrage au  
quebec, R.D.A.I., 1988, P. 927 et 930.

التحكيم. ولقد رتب المشرع على مخالفة القواعد الاجرائية الواردة في هذا القانون بطلان حكم التحكيم. فقد نصت المادة (٤٥) من هذا القانون على أنه: «لا يجوز ابطال حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية: ١- ... ٢- عندما لا تراعى الأشكال Les formalités والمبادئ الأساسية التي نص عليها القانون لتسمية المحكمين وسير خصومة التحكيم ...».

وفي نفس الاتجاه أيضا القانون الإيرلندي الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة ١٠٢٦ من هذا القانون على أنه: «مع مراعاة أحكام هذا الباب. تيسر إجراءات التحكيم بالكيفية المتفق عليها من قبل الأطراف أو بالكيفية التي تحددها محكمة التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص».

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الإيرلندي يقرر حرية الأطراف. والمحكمين احتياطيا. في تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. بيد أنه لم يقرر لهم حرية مطلقة في هذا الخصوص. بل أوجب عليهم مراعاة القواعد المنصوص عليها في الباب الأول والمتعلق بالتحكيم الذي يجرى في إيرلندا (المواد من ١٠٢٠ إلى ١٠٧٢). ومن ثم يمكن القول بأنه عندما يكون مقر التحكيم في إيرلندا. يجب على الأطراف والمحكمين مراعاة القواعد الواردة في قانون التحكيم الإيرلندي. والتي تنطبق على التحكيم الذي يجرى في إيرلندا<sup>(١)</sup>.

وأخيرا. فإن من القوانين الهامة التي يمكن أن تذكر ضمن هذه الطائفة. القانون البرتغالي الجديد للتحكيم رقم ٢١ لسنة ١٩٨٦. طبقا لنص المادة ٢٧ من هذا القانون: «ينطبق هذا القانون على كل التحكيم التي تجرى على إقليم الدولة». وبالتالي يجب مراعاة القواعد الإجرائية الآمرة

---

(١) في نفس المعنى انظر:

المنصوص عليها في القانون البرتغالي عندما يكون مقر التحكيم في البرتغال سواء أكان تحكيميا داخليا أم ذا طابع دولي. وقد رتب المشرع على عدم مراعاة هذه القواعد بطلان حكم التحكيم (م ٢٧)(١).

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن هذه الطائفة من القوانين لا تسمح بالأخذ بالاتجاه الذي يقضى باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأي قانون وطني(٢).

وبإلى جانب هاتين الطائفتين السابقتين، هناك طائفة ثالثة من القوانين اتخذت موقفا وسطا، لا هو بالتححرر كلية على غرار النسبة الدولية، ولا هو بالمشدد كلية على غرار الطائفة الثانية. فهذه الطائفة الثالثة نجدها من ناحية أولى تعترف للأطراف بالحرية الكاملة في الانعاز على القواعد الاجرائية واجبة الإتياع أمام المحكمين. ومن ناحية ثانية، و- كانت تعترف من حيث المبدأ للمحكمين بالحرية في تنظيم إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على الإجراءات واجبة الإتياع. وب- أنها تفرض عليهم مراعاة القواعد الاجرائية التي تتضمنها. وهذه القواعد هي بالطبع تلك التي لا يكون للمحكمين أي سلطة تقديرية بشأنها.

ويأتي في مقدمة هذه الطائفة من القوانين قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد للتحكيم. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٢). من هذا القانون على أنه: «يفصل المحكم دون أن يكون ملزما باتتباع الإجراءات القضائية، باستثناء الإجراءات المنصوص عليها في هذا الباب (أي باب التحكيم) والإجراءات الخاصة بدعوة الأطراف للحضور وتقديم أوجه

(١) انظر في ذلك:

Luís Moura vicente, L'évolution recente du droit de l'arbitrage au Portugal, Rev. Arb. 1991, P. 434.

(٢) هي نفس النتيجة بالنسبة للقانون البرتغالي: انظر.

دفاعهم، وكذلك الاجراءات التي تسمح لهم بتقديم مستنداتهم. ومع ذلك، يجوز للأطراف الاتفاق على إجراءات محددة يجب اتباعها بواسطة المحكم<sup>(١)</sup>.

يتضح من هذا النص أن المشرع قد اعتد في المقام الأول بالقواعد الإجرائية المتفق عليها من قبل الأطراف، مع الاعتراف لهم بالحرية الكاملة في اختيار هذه القواعد، حيث أن المشرع لم يلزمهم باختيار قانون إجراءات وطني معين أو، بصفة عامة، باختيار قواعد اجرائية معينة. وفي حالة عدم وجود قواعد اجرائية متفق عليها من قبل الأطراف أو عدم كفايتها، كان للمحكمين حرية اختيار اجراءات التحكيم دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعد الاجرائية المتبعة أمام القضاء. ولكن المشرع ألزم المحكمين باتباع القواعد الاجرائية المنصوص عليها في باب التحكيم. هذا بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة بدعوة الأطراف للحضور وتقديم أوجه دفاعهم ومستنداتهم. وبهذا يكون قانون دولة الإمارات المتحدة قد اعترف للمحكمين بحرية مقيدة بالمقارنة بتلك التي قررها للأطراف أنفسهم<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن نذكر ضمن هذه الطائفة، القانون المصري الحالي للتحكيم، فقد نصت المادة (٢٥) من هذا القانون على أنه: «لطرفي التحكيم الإتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إضناع

---

(١) يقول النص بالفرنسية:

«L'arbitre statue sans être tenu de suivre la procédure judiciaire, à l'exception de celle prévue dans le présent titre et celle particulière à la convocation des parties et à l'audition de leurs moyens de défense, ainsi que celle leur permettant de produire leurs documents. Les parties peuvent, néanmoins, convenir d'une procédure déterminée qui devra être suivie par l'arbitre».

(٢) انظر في التطبيق على هذا النص.

EL-AHDAB (A.), La nouvelle loi sur l'arbitrage de l'Etat des Emirats, Arabes unis, Op. Cit., PP. 241 etS.

هذه الاجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة».

يتضح من هذا النص أن المشرع المصرى قد أخضع إجراءات التحكيم، فى المقام الأول، للقواعد التى يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف لهم بحرية كاملة فى اختيار هذه القواعد، فيجوز لهم أن يسيغوا بأنفسهم - فى اتفاق التحكيم - القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين أو أن يتفقوا على تطبيق قانون وطنى معين أو يتفقوا على أن تسير إجراءات التحكيم وفقا للقواعد النافذة لدى منظمة أو مركز تحكيم سواء فى الداخل مثل قواعد المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة أو فى الخارج مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس<sup>(١)</sup>.

وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد المتفق عليها من قبلهم، كان للمحكمين سلطة تحديد القواعد الاجرائية التى يرونها مناسبة. بيد أن المشرع لم يقرر للمحكمين نفس الحرية التى قررها للأطراف، بل أوجب عليهم إتباع القواعد الاجرائية الواردة فى هذا القانون. وهذه القواعد هى تلك التى لم يمنح القانون المحكمين سلطة تقديرية بشأنها، سواء أكانت أمرة أو مكلية طالما لم يتفق الخصوم على ما يخالفها<sup>(٢)</sup>، فهذا هو معنى التيد الذى أوردته النص بقوله: «فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون ...».

---

(١) فى نفس المعنى انظر: د. مختار بربورى، المرجع السابق، ص ٩٦ - ٩٢، بند

(٢) فى نفس المعنى راجع: د. على بركات، المرجع السابق، ص ٣١٢ ومبعضها، بند

### الخلاصة:

بعد أن استعرضنا موقف كل من الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية من مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، يمكننا أن نخلص من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يعتد في المقام الأول بإرادة الأطراف في تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، مع الاعتراف للأطراف بحرية كبيرة في هذا الصدد. حيث يجوز لهم أن يصفخوا بأنفسهم - في اتفاق التحكيم ايا كانت صورته - القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أو أن يتفقوا على اتباع القواعد نافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة أو أن يتفقوا على تطبيق قانون . متى معين ولو لم يكن له أية صلة بعناصر التحكيم أو موضوع النزاع.

وفي حالة غياب الاختيار السريع من قبل الأطراف، فإن الاتجاه السائد يشتمل في منح المحكمين سلطة تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق.

بيد أننا نلمس إختلافا في الفقه حول مدى إمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. ففي حين ذهب بعض الفقهاء إلى القول بضرورة خضوع التحكيم، بما في ذلك الاجراءات، لقانون وطني معين، فإن جانباً كبيراً في الفقه ذهب إلى القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. ولكن في داخل هذا الجانب الفقهي يمكننا أن نميز بين رأيين: الأول يرى أنه في مثل هذا الفرض، يتعين أن يخضع التحكيم، بما في ذلك الاجراءات، للقانون الدولي العام، والثاني يرى إمكانية خضوع اجراءات التحكيم لقواعد إجرائية غير وطنية، مستندا في ذلك إلى ما يجري عليه العمل لدى مراكز التحكيم الدائمة، وإلى نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم.

كما نلمس هذا الاختلاف على صعيد قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. ففي حين أن البعض منها (قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية) يعترف للأطراف، وإحتياطياً للمحكمين، بالحرية الكاملة في تنظيم



إجراءات التحكيم. فإن البعض الآخر يقيد من هذه الحرية بشرط مراعاة القواعد الأمرة في القانون واجب التطبيق التي لا يجوز مخالفتها. وهو ما يفترض بالضرورة خضوع إجراءات التحكيم دائما لقانون وطني معين.

كما نلمس هنا الاختلاف أيضا على صعيد القوانين الوطنية. ففي حين أن البعض منها (القانون الفرنسى، والويسرى، والجزائرى) يعترف للأطراف، واحتياطيا للمحكّمين، بالحرية الكاملة فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، فإن البعض الآخر (القانون الإيرلندى، والأسبانى) يقيد من حرية الأطراف وكذلك المحكّمين فى اختيار هذه القواعد بشرط مراعاة القواعد الأمرة التي لا يجوز لهم مخالفتها. كما أن فريقا ثالثا من هذه القوانين (على سبيل المثال: القانون المجرى) يعطى للأطراف الحرية الكاملة فى اختيار القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، بينما يقيد من سلطة المحكّمين فى هذا الشأن.

وبإيجاز شديد يمكن القول، من حيث الببدأ، بأن الاتجاه السائد لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية يتمثل فى الاعتداد أولا بارادة الأطراف فى تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم. وفى حالة غياب الاختيار السريع من قبل الأطراف، كان للمحكّمين سلطة تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. ولا يستثنى من ذلك سوى اتفاقية نيويورك والتي نصت على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، ولم تعط للمحكّمين أى سلطة فى هذا الشأن.

## المبحث الثانى

### مدى إنطباق المبادئ السابقة على إجراءات التحكيم فى عقود البترول

بعد أن عرضنا للمبادئ السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة عامة، فإنه يثور التساؤل الآن عن مدى انطباق هذه المبادئ على إجراءات التحكيم المتعلق بعقود البترول. حيث يثور التساؤل عما إذا كانت إجراءات التحكيم تخضع لإرادة الأطراف فى المقام الأول؟ وإذا كانت هذه الإجراءات تخضع لإرادة الأطراف، فما هو العمل الواجب الاتباع فى حالة غياب القواعد الاجرائية المختارة من قبل الأطراف؟ هل تخضع الاجراءات لقانون الدولة مقر التحكيم أم أنه يجب ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمحكمين؟

للإجابة عن هذين التساولين نعرض أولاً للممارسة التعاقدية وما قدمت من حلول، ثم نعرض ثانياً لموقف أحكام التحكيم، كل فى مطلب مستقل، على أن نعقب ذلك برأينا الخاص.

## المطلب الأول

### الممارسة التعاقدية

بالإطلاع على العديد من عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو الأجهزة التابعة لها) والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال، نجد من ناحية أن أطراف هذه العقود يحرمون على تضمين شروط التحكيم المدرجة فى هذه العقود بعض القواعد الاجرائية الأساسية السائدة فى مجال التحكيم. كما نجد من ناحية أخرى أن جانباً منها قد تعرض لسالة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وقد انتهجت هذه العقود أحد سلكين: فإما أن تتولى مباشرة تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وإما أن تتبع طريقاً غير مباشر بأن تشير إلى الوسيلة التى يمكن من خلالها تحديد هذا القانون.

ونعرض أولاً، وبصورة موجزة، لأبرز القواعد الاجرائية المتبناة

من قبل الأطراف، ثم نعرض بعد ذلك للحلول التي تضمنتها عقود البترول  
لسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

**أولاً: القواعد الإجرائية المعتمدة مباشرة من قبل الأطراف في  
عقود البترول:**

تتضمن شروط التحكيم المدرجة في عقود البترول بعض القواعد  
الإجرائية السائدة في مجال التحكيم ولعل من أبرز هذه القواعد تلك التي  
تتعلق بكيفية بدء إجراءات التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم، حيث تنص  
غالبية عقود البترول<sup>(١)</sup> على أن تبدأ إجراءات التحكيم ويتم تشكيل محكمة  
التحكيم بإخطار يوجه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر بأنه يرغب في  
إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعين محكما يذكر اسمه في هذا الإخطار، على  
أن يقوم الطرف الثاني بتعيين محكم ويخطر به الطرف الأول خلال مدة  
معينة، على أن يقوم هذان المحكمان باختيار محكم ثالث خلال مدة زمنية  
معينة. وتختلف المدة التي تحددها عقود البترول لذلك، إلا أنها تتراوح  
مابين خمسة عشر يوماً إلى خمسة وأربعين يوماً<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الأصل أن يقوم الطرف الثاني بتعيين محكمة، وأن يقوم

---

(١) راجع على سبيل المثال: التقديس البرمين بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية  
اتسامة للبترول وشركة بان أمريكان على ١٩٩٤/١٩٩٧ (المادة ١٦)، العقد البرم  
بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة نيفادا الأمريكية عام  
١٩٨٢ (المادة ٢٢)، العقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة شل  
وينج الهولندية في عام ١٩٨٤ (المادة ٢٢)

(٢) على سبيل المثال، حددت هذه المدة خمسة عشر يوماً بالنسبة لتعيين المحكم الثاني،  
وثلاثين يوماً بالنسبة للمحكم الثالث في التقديس البرمين بين الحكومة المصرية  
والمؤسسة العامة المصرية للبترول وشركة بان أمريكان على ١٩٩٤/١٩٩٧ (المادة  
١٦)، وحددت هذه المدة بثلاثين يوماً في العقود التي أبرمتها حكومة العراق مع  
شركة نفط العراق عام ١٩٧٥ (المادة ١٠) وشركة نفط البوسل عام ١٩٦٢ (المادة  
٢٩) وشركة نفط البصرة عام ١٩٦٨ (المادة ١١)، وحددت هذه المدة بخمسة  
وأربعين يوماً في العقد البرم بين المؤسسة السعودية (بترومين) والشركة الإيطالية  
(إنيب) عام ١٩٦٧ (المادة ٢٠). وكذلك في العقد البرم بين المؤسسة السودانية  
(بترومين) وشركة سنكلير، ونامتوس، وباكستاد في عام ١٩٦٧ (المادة ٢٥).

المحكمان باختيار المحكم الثالث. وذلك خلال المواعيد المنصوص عليها في العقد. إلا أن غالبية العقود قد واجهت الفرض الذي يتمتع فيه الطرف الثاني عن تعيين محكمه. وكذلك الفرض الذي يخفف فيه المحكمان عن تعيين المحكم الثالث. وقد لجأت هذه العقود إلى وسائل متنوعة (١).

فقد أسندت بعض عقود البترول مهمة تعيين المحكم الثاني أو المحكم الثالث إلى إحدى السلطات القضائية في الدولة المنتجة. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين المؤسسة العامة السعودية (بترومين) والشركة الإيطالية (أجيپ) عام ١٩٦٧. فقد نصت المادة (٢٠) من هذا العقد على أنه: «... وعند تعذر تعيين المحكم الثاني خلال الوقت المحدد، أو عند تعذر اتفاق المحكمين خلال الوقت المحدد على تعيين محكم ثالث، وجب تعيين المحكم المطلوب من قبل هيئة تمييز المنازعات المنصوص عليها في المادة ٥٠ من نظام التمدين العربي السعودي ١٩٥٠».

بينما أسندت بعض عقود البترول الأخرى هذه المهمة إلى سلطة قضائية أجنبية. ويمكن أن نذكر من ذلك ما نصت عليه المادة (٢/٢٥) من العقد المبرم بين شركة النفط الوطنية العراقية والمؤسسة الفرنسية إيراب عام ١٩٦٨ من أنه: «... إذا لم يعين أحد المحكمين خلال ثلاثين يوما ... فلاذی من الطرفين أن يطلب تعيين هذا المحكم من قبل رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا ... وإذا ما فشل المحكمان خلال ثلاثين يوما ... في التوصل إلى اتفاق بشأن شخص المحكم الثالث، يتم تعيين الأخير بناء على طلب أي من الطرفين من قبل رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان في سويسرا ...» (٢).

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد عبدالحيد عوش، المرجع السابق، ص ٢٢٢ ولاحقها.

(٢) ونظر أيضا: العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك) والشركة الإيطالية (أجيپ) عام ١٩٥٧، وقد أسندت هذه المهمة إلى رئيس محكمة مقاطعة جنيف بسويسرا، والعقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية المذكورة وشركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، والشركة الكندية سفير عام ١٩٥٨، وقد أسندت هذه المهمة إلى رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا ولجأت في ذلك:

هنا في حين أن عددا قليلا من عقود البترول قد أسند مهمة تعيين المحكم أو المحكم الثالث إلى رئيس محكمة العدل الدولية ... ويمكن أن نذكر من ذلك ما نصت عليه المادة (٤٤) من العقد المبرم بين إيران والشركات المكونة للكونسرتيوم عام ١٩٥٤ من أنه إذا أخفق المحكمان المميّنان من قبل الطرفين في تعيين المحكم الثالث، يتم تعيين هذا الأخير بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية بناء على طلب أى من الطرفين. وإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه، كان من حق الطرف الآخر التقدم بطلب إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم وحيد<sup>(١)</sup>.

ولقد درجت معظم العقود التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية على تضمينها نصا يقضى بأنه في حالة عدم قيام الطرف الثانى بتعيين محكمه، أو إخفاق المحكمين في تعيين المحكم الثالث، تتولى محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس تعيين المحكم الثانى بناء على طلب الطرف الأول، أو تعيين المحكم الثالث بناء على طلب أى من الطرفين<sup>(٢)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه بعد إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، درجت معظم عقود اقتسام الإنتاج التي أبرمتها مصر والهيئة المصرية العامة للبترول مع الشركات الأجنبية على تضمينها نصا يقضى بأنه في حالة عدم قيام المدعى عليه بتعيين محكمه خلال المدة المنصوص عليها في العقد، كان للمدعى أن يطلب من المركز تعيين المحكم

(١) انظر:

Rev. Arb., 1956, P. 63, Spéc. P. 66.

وفى نفس الاتجاه يمكن أن نذكر العقد المبرم بين إيران والشركة الانجلو إيرانية عام ١٩٣٢ (م ٦٢). انظر:

LOGIE (J.), Op. Cit., P. 414.

(٢) انظر على سبيل المثال: المقيدين البيرمين بين الحكومة المصرية والوزسة المصرية العامة للبترول وبلان أمريكان على ١٩٦٤/٦٢ (م ٤١، م ٤٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة نيفادا الأمريكية عام ١٩٨٢ (م ٦٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ٠٠٠٠ وشركة شكل ويننج الهولندية في عام ١٩٨٤ (م ٦٢).

الثاني. وإذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الرئيس في خلال المدة المحددة في العقد، فإنه يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من السكرتير العام للمحكمة الدائمة للتحكيم بلا هيأت أن يعين جهة تتولى التعيين، وهذه الجهة تعين المحكم الرئيس بنفس الطريقة التي يعين بها المحكم الوحيد وفقا للمادة (٢/٦) من قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦ (١).

كما درجت غالبية عقود البترول على النص على أنه يشترط في المحكم الثالث ألا يحمل جنسية أي من طرفي النزاع. وأن يحصل جنسية دولة يكون لها علاقات دبلوماسية مع الدولة (أو الهيئة العامة) المتعاقدة والدولة التي تنتمي إليها الشركة الأجنبية المتعاقدة. وألا يكون له مصالح اقتصادية في أعمال البترول لدى الأطراف الموقعة على العقد. ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل ويننج إن. في. الهولندية في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه: «هـ - ... ويتعين أن يكون هذا المحكم الرئيس شخصا من جنسية غير جنسية جمهورية مصر العربية أو جنسية هولندا. ويجب أن يكون من دولة لها علاقات دبلوماسية مع كل من جمهورية مصر العربية وهولندا. كما يشترط ألا يكون له مصالح اقتصادية في أعمال البترول لدى الأطراف الموقعة على هذه الاتفاقية» (٢).

(١) راجع على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل ويننج الهولندية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة بي بي بتروليم الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أموكو للزيت مصر الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أنيوك كوتك الإيطالية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة فيليبس عام ١٩٨٧ (م ٢٢).

(٢) ونظر أيضا: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة العامة المصرية وشركة نيفانا الأمريكية عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة بي بي بتروليم الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أموكو للزيت مصر الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢).

كما غنيت معظم عقود البترول بتحديد مقر التحكيم أو ببيان كيفية تحديده. بيد أنها لم تتخذ موقفاً موحداً في هذا الشأن. فقد حددت بعض عقود البترول مقر التحكيم في إقليم الدولة المتعاقدة مالم يتفق الطرفان على مكان آخر. ومن ذلك يمكن أن نذكر العقد البرم بين المؤسسة السعودية العامة (بترومين) والشركة الإيطالية (إجيب) عام ١٩٦٧. فقد نصت المادة (٢٠) من هذا العقد على أنه: «... ويجب أن يكون مكان التحكيم في داخل المملكة العربية السعودية أو في أي مكان آخر حسبما قد يتم الاتفاق عليه بين الطرفين...»<sup>(١)</sup>. في حين أن بعض العقود الأخرى قد حددت مقر التحكيم في دولة أجنبية. من ذلك العقد البرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣. حيث نصت المادة (٢١) من هذا العقد على أنه «أما مكان التحكيم فيتفق عليه الفريقان، وإذا عجزا عن الاتفاق على ذلك فيكون في لاهاي (هولندا)». وإلى جانب ذلك، تركت بعض العقود مسألة تحديد مقر التحكيم للمحكمين، سواء المحكم الثالث أو المحكم الوحيد. حسب الأحوال. وذلك في حالة عدم اتفاق الطرفين. من ذلك العقد البرم بين إيران والكونسرتيوم عام ١٩٥٤. حيث نصت المادة (٤٤) من هذا العقد على أنه: «... يحدد الأطراف مكان وإجراءات التحكيم. وفي حالة فشل الأطراف في التوصل إلى اتفاق في هذا الشأن، يحدد مكان التحكيم وإجراءاته بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال...»<sup>(٢)</sup>.

ولقد درجت معظم العقود التي أبرمتها الحكومة المصرية مع الشركات الأجنبية على النص على أن يجري التحكيم في مدينة استوكهولم

(١) وانظر أيضاً: العقد البرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٥٥). والعقد البرم بين حكومتا العراق وشركة نفط الموصل عام ١٩٢٢ (م ٢٩)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٢٨ (م ٤١).

(٢) انظر: Rev. Arb., 1956, P. 67. ولقد أخذ بنفس الحل العقد البرم بين الشركة الوطنية الإيرانية وشركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، والعقد البرم بين الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الكندية سافير عام ١٩٥٨. وراجع في ذلك:

LOGIE (J.), Op. Cit., P. 417.

بالسويد<sup>(١)</sup>، هذا مع مراعاة أن العقود التي أبرمتها الحكومة المصرية بعد إنشاء المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة قد درجت على النص على أن يجرى التحكيم في مدينة القاهرة مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

### ثانيا: الحلول التي تضمنتها عقود البترول بشأن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

إلى جانب بعض القواعد الإجرائية التي تضمنها عقود البترول على نحو ما رأينا، تعرضت العديد من عقود البترول لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أنها لم تتخذ موقفا موحدا في هذا الشأن. ويمكن في هذا السدد التمييز بين عدة طوائف:

- 
- (١) راجع على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والروسية المصرية للبترول وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٢ (م ١١)، والعقد المبرم بين نفس الأطراف عام ١٩٦٤ (م ١٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو وست فيران فك الأمريكية وشركة توتال الفرنسية عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة شل وينج الهولندية، وشركة شل قارون النملوية في عام ١٩٨٤ (م ٢١).
- (٢) راجع على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينج ان. في. الهولندية في عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة بي بي بتروليم الأمريكية عام ١٩ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أوكو للزيت مسر الأمريكية في عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومتين المصرية والهيئة المذكورة وشركة أوكو كوتك الإيطالية عام ١٩٩٧ (م ٢٢).



## ١ - العقود التي نصت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة:

نصت بعض العقود على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. ومن هذه العقود يمكن أن نذكر العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيلبس عام ١٩٦٢. فقد نصت المادة (٤٨) من هذا العقد على أنه «١- يحال إلى التحكيم طبقا لقانون الاجراءات المدنية للجمهورية العربية المتحدة، أى نزاع بين الحكومة والأطراف يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو الادعاء بخالفته، ولا تستطيع الحكومة والأطراف الوصول إلى اتفاق بشأنه فيما بينهم». وكذلك أيضا العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والشركة الشرقية للبترول والشركة الدولية للزيت فى أول ديسمبر عام ١٩٦٢. فقد نصت المادة (١٧/أ) من هذا العقد على أنه «١- يحال على التحكيم طبقا للمادة ٤٥ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٢ كل نزاع قد ينشأ بين الحكومة وبين طرف أو أكثر من أطراف هذا العقد يتعلق بتفسير هذا العقد أو تنفيذه أو كليهما» (١).

## ٢ - العقود التي نصت على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم:

نصت بعض العقود على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم. وبالنسبة لهذه الطائفة من العقود فمنها ما نص على اللجوء إلى قانون الدولة مقر التحكيم بصفة رئيسية. ومن أمثلة هذا النوع يمكن أن نذكر العقد المبرم بين مصر والشركة الشرقية للبترول والشركة الدولية للزيت فى عام ١٩٦٢ والسالف الإشارة إليه. حيث نصت المادة (١٧/أ) من هذا العقد على أنه: «٢- يحال كل نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد أو كليهما قد ينشأ بين طرفين أو أكثر من أطراف هذا العقد. خلاف الحكومة. على التحكيم طبقا لأحكام البند (ب). ب/٢- للمحكم الحرية التامة فى اختيار الدولة التى تكون مقرا للتحكيم، ويتم التحكيم فى هذه الحالة طبقا لقوانين هذا البلد». ومنها ما نص على اللجوء إلى قانون الدولة مقر التحكيم بصفة

(١) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب نقيب المراجع السابق، ص ٩٢ ومبنيها، خرسا ص ١٠٠٦.

احتمالية وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن التواعد الاجرائية واجبة التطبيق. ومن أمثلة هذا النوع من العقود يمكن أن نذكر العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) والشركة الإيطالية (أجيپ) في عام ١٩٥٧. فقد نصت المادة (٤٤) من هذا العقد على أنه «في حالة عدم اتفاق الأطراف بشأن التواعد الاجرائية واجبة التطبيق، تطبق التواعد الاجرائية المنصوص عليها في قوانين البلد الذي يجرى فيه التحكيم»<sup>(١)</sup>.

### ٣ - العقود التي نصت على تطبيق قواعد القانون الدولي:

نصت بعض عقود البترول على اخضاع اجراءات التحكيم للقانون الدولي العام. وأهم مثال يمكن أن يذكر في هذا الصدد، عقود البترول التي أبرمتها الحكومة الليبية مع الشركات الأجنبية في ظل قانون البترول الليبي رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥ حيث كانت تنص المادة (٢٨) من هذا القانون على تطبيق التواعد الاجرائية الواردة في المواد من ٢٩ إلى ٦٤ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية<sup>(٢)</sup>.

### ٤ - العقود التي خولت الأطراف أو المحكمين احتياطيا سلطة تحديد القانون واجب التطبيق:

اتبعت هذه الطائفة أسلوبا غير مباشر في تحديد القانون أو التواعد الاجرائية واجبة التطبيق، وذلك بتحويل الأطراف أنفسهم سلطة تحديد هذا القانون أو هذه التواعد، أو المحكمين في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق في هذا الشأن. وأهم مثال يمكن أن يذكر في هذا الصدد، العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك) والشركة الكندية سافير SAPHIR عام ١٩٥٨. فقد نصت المادة (٤١) من هذا العقد على أنه «يحدد مقر

HANDJANT (A.), Op. Cit., P. 24.

(١) انظر:

(٢) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ٥٢٢، وللزيد من الأدلة

راجع:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 248 - 249.

التحكيم وإجراءاته بواسطة الأطراف. وفي حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق، يحدد مقر التحكيم وإجراءاته بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال»<sup>(١)</sup> ومن ذلك أيضا العقد البرم بين شركة النفط العراقية والمؤسسة الفرنسية (إيراب) عام ١٩٦٨. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٥) من هذا العقد على أنه «يحدد محل التحكيم من قبل رئيس محكمة التحكيم ويجرى التحكيم طبقا للقواعد والاجراءات التي يضعها الرئيس»<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن غالبية العقود التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية قد درجت على النص على أن يجرى التحكيم طبقا لقواعد التوفيق والتحكيم السارية لدى غرفة التجارة الدولية، وأنه في حالة وجود نص أو قصور في هذه القواعد، فإن المحكمين يقومون بوضع قواعد السير في إجراءات التحكيم. ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو وست فيران أنك الأمريكية وشركة توتال بروش أوريون الفرنسية في ٢٢ فبراير عام ١٩٨٢. فقد نصت المادة (٢٣) من هذا العقد على أن «ب- يفصل نهائيا في أي نزاع يقع بين المفاوض والهيئة فيما يتعلق بهذه الاتفاقية بطريق التحكيم. ويعقد هذا التحكيم في استكهولم بالسويد. ويجرى طبقا لقواعد التوفيق والتحكيم للفرقة التجارية الدولية. وفي حالة عدم وجود نصوص في هذه القواعد لبعض الحالات، فإن المحكمين يقومون بوضع قواعد السير في إجراءات التحكيم»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع مع المزيد من الأمثلة:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 250

وأيضا:

HANDJANT (A.), Op. Cit., P. 24.

(٢) راجع في هذا العقد: د. محمد إيب شقير، د. صاحب نخب المرجع السابق، ص

١٥٢٩.

(٣) راجع في هذا العقد: الجريدة الرسمية - العدد ٨ تلغ (أ) في ٢٥ فبراير ١٩٨٢. وكذلك راجع أيضا: المادة (٢٢) من العقد البرم بين الحكومة المصرية والهيئة -

على أن يلاحظ أن غالبية العقود التي أبرمتها الحكومة المصرية مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية بعد إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قد درجت على التمس بأن يجرى التحكيم طبقاً لقواعد التحكيم السارية لدى المركز وقت إبرام العقد.

ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل ويننج ان. في. الهولندية في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «ب- يحسم أى نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ بين المفاوض والهيئة ... بطريق التحكيم طبقاً لقواعد تحكيم المركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة السارية في تاريخ هذه الاتفاقية» (١).

مجعل القول أن دراسة الممارسة التعاقدية تكشف عن أن الأطراف غالباً ما يكتفون بالنس على بعض القواعد الإجرائية السائدة في مجال التحكيم، مثل كيفية بدء إجراءات التحكيم أو اختيار المحكمين أو تحديد مقر التحكيم أو بيان كيفية تحديده. ثم بعد ذلك إما أن ينصوا على تطبيق قانون وطني معين أو يفوضوا المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق.

١ - المصرية العامة للبترول وشركة نيفلدا الأمريكية في عام ١٩٨٢ (الجريدة الرسمية - العدد ١٢ مكرر) في ٢٩ مارس سنة ١٩٨٢، المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركتي كوتوكو وبلايد لويل الأمريكيتين وشركة هيبا نزيل الأسبانية في ٢٧ أغسطس ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ٢١ تلعب (ب) في ٢ أغسطس سنة ١٩٨٤)، والمادة (٢١) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة شل ويننج الهولندية، وشركة شل قانون التسوية في ٨ أبريل سنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ١٢ مكرر (أ) في ٢١ مارس سنة ١٩٨٤)، والمادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة شل ويننج الهولندية في عام ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ١٢ مكرر (هـ) في ٢١ مارس عام ١٩٨٤).

(١) انظر في هذا المقعد: الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (تلعب) في ١٢ مايو سنة ١٩٨٨. وكذلك راجع أيضاً: المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة بي بي بتروليم الأمريكية في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ٢٩ (تلعب) في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٨)، والمادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة أنوكو للزيت =

## المطلب الثاني

### موقف أحكام التحكيم

لم تتخذ أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات التي نشأت بين بعض الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم موقفاً موحداً تجاه مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين طائفتين من هذه الأحكام: فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام، في حين ذهب جانب آخر إلى إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم. ونعرض فيما يلي لهاتين الطائفتين:

**أولاً: أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام:**

من أحكام التحكيم التي أخذت بهذا الحل حكم التحكيم الصادر في ٢٢ أغسطس لسنة ١٩٥٨ في النزاع الذي ثار بين حكومة السعودية وشركة أرامكو، وحكم التحكيم الصادر في ١٩ يناير ١٩٧٧ في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية. وحكم التحكيم الصادر في ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧ في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية، ونعرض لهذه الأحكام تباعاً.

**١ - حكم التحكيم الصادر في ٢٣ أغسطس سنة ١٩٥٨ في قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية(١):**

من أوائل أحكام التحكيم وأبرزها التي أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام حكم التحكيم الصادر في النزاع الذي ثار بين حكومة

---

- مصر الأمريكية في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ٢٦ (تلمع) في ٢٠ يونيو ١٩٨٨). المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ..... وشركة أيوك كوفك الإيطالية في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ٤٠ (تلمع) في ٨ أكتوبر سنة ١٩٨٨).

(١) انظر هنا الحكم منشور بالكامل في:

السعودية وشركة أرامكو في ٢٢ أغسطس عام ١٩٥٨. ونظرا لأنه لم يسبق لنا التعرض لوقائع هذا النزاع فسوف نعرض لها بشيء من الإيجاز.

تتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أنه في ٢٩ مايو عام ١٩٢٢ أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية عقد امتياز بترول مع شركة استاندرود أويل أوف كاليفورنيا Standard Oil of California. والتي أصبحت فيما بعد الشركة العربية الأمريكية للبترول «أرامكو» Arabian American oil Company (ARAMCO).

وأثناء سريان هذا العقد، وفي ٢٠ يناير عام ١٩٥٤ أبرمت حكومة السعودية عقدا مع شخص يدعى أوناسيس «ONASSIS» لنقل البترول المنتج ومشتقاته من السعودية إلى الخارج. طالبت حكومة السعودية شركة أرامكو بالالتزام بأحكام هذا العقد، بيد أن أرامكو قدرت أن أحكام هذا العقد تتعارض مع عقد الامتياز المبرم بينهما في عام ١٩٢٢ والذي يمنحها الحق المطلق في نقل البترول المنتج وتصديره بما في ذلك حرية اختيار وسائل النقل الضرورية.

ومن أجل حل الخلاف الناشئ بين حكومة السعودية وشركة أرامكو، اقترحت حكومة السعودية عرض النزاع على التحكيم إعمالا لنس المادة (٢١) من العقد المبرم بينهما عام ١٩٢٢. وبالفعل تم إبرام اتفاق تحكيم في ٢٢ فبراير عام ١٩٥٥. وتطبيقا لهذا الاتفاق تم تشكيل محكمة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة الأستاذ السويسري الجنسية سوزر - هيل «SAUSER-HALL» لحسم هذا النزاع، والتي أصدرت الحكم الحالي.

وكانت أول مشكلة تواجه محكمة التحكيم هي تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وإعمالا لنس المادة السادسة من اتفاق التحكيم المبرم في ٢٢ فبراير عام ١٩٥٥، حددت محكمة التحكيم بالإجماع القواعد الاجرائية واجبة الاتباع وذلك في أول جلسة لها في ١٥ يونيو عام ١٩٥٥. وفي هذا الشأن قررت محكمة التحكيم تطبيق القواعد الاجرائية المعتمدة من قبل الأطراف في المادة السادسة من اتفاق التحكيم، مع الاحتفاظ

لها بالحق في تعديلها أو تكميلها بقرار من أغلبية أعضاء المحكمة وذلك بما لا يخل بالأحكام الواردة في اتفاق التحكيم. ولقد تم بالفعل تعديل وتكملة القواعد الاجرائية من قبل محكمة التحكيم العديد من المرات (١).

وقد رحب بعض الفقهاء (٢) باتباع هذا الأسلوب في تحديد القواعد الاجرائية بالقول بأنه من غير الممكن أن نطلب من هيئة التحكيم أن تعد مقدما تقنيا كاملا للمرافعات المدنية. فلو أن مشكلة إجرائية ظهرت ولم تكف القواعد المعتمدة بصفة أولية لحلها، فسوف يكون هناك محل لتطوير هذه القواعد بمداولة وتساور جديد. إن هذا الأسلوب في تحديد القواعد الاجرائية يبدو أكثر مرونة من الاعتماد بشكل نهائي وحاسم على قانون المرافعات المدنية لدولة معينة - كقانون الدولة مقر التحكيم - قد لا تتلائم أحكامه مع المطابع الخاص للاجراءات المعنية.

ومع ذلك يرى هؤلاء أن اتباع هذا الأسلوب في تحديد القواعد الاجرائية يكون في غاية الخطورة وترجع هذه الخطورة إلى أن سياغة القواعد التكميلية، نظرا لأنه يحدث بعد ظهور المشكلة الاجرائية غير

---

Rev. Crit. 1963, P. 275 etSS.

(١) انظر الحكم:

(٢) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence Aramco et le droit international Privé, Rev. Crit., 1964, P. 647, Spéc., P. 648.

حيث يقول.

«on ne peut demander `a un college arbitral de façonner `a l'avance un code complet de procedure civile. Si une difficulté apparait que les règles initialement adoptées ne suffisent pas `a resoudre, il y aura lieu de developper ces règles par une nouvelle délibération. Le procede parait plus souple que l'adoption définitive du code de procedure civile d'un État determine, serait - ce celui du siège, dont les dispositions ne seraient peut - être pas adoptées au caractère particulier de la procedure en cause ...»

المتوقعة ولحسبها، قد تكون محبولة للتوصل إلى نتيجة محددة. وذلك على عكس القواعد الاجرائية الممدة سلفا، حيث أنه من غير الممكن أن ينسب إليها هذا العيب<sup>(١)</sup>.

على أية حال، لقد ارتأت محكمة التحكيم عدم ترك تحديد الاجراءات لتقديرها الشخصى وضرورة الاستناد فى ذلك على نظام قانونى قائم، وقررت المحكمة إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولى ولكن لكى تصل المحكمة إلى هذه النتيجة، بدأت المحكمة باستبعاد تطبيق القانون الوطنى لكل من الطرفين. فاستبعدت القانون السعودى على أساس أن شرط التحكيم المنصوص عليه فى المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم عام ١٩٢٢ قد حدد مكان التحكيم فى لاهاي بهولندا، ثم تحول هذا المقر إلى مدينة Lucerne بسويسرا ثم أخيرا إلى مدينة جنيف. وهكذا فإن التحكيم - طبقا لقول المحكمة ذاتها - كان مقره خارج العربية السعودية فى كل الأحوال، وبالتالي فإن الشيء المؤكد أن القانون الذى يحكم هذا النظام ليس هو قانون هذه الدولة. لأن الأطراف قد اتفقوا منذ البداية على إبعاد منازعاتهم عن قضاء المحاكم المحلية، وهو شرط أساسى يحقق للمستثمر ضمانته وجود قاضى محايد<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence ..., Op. Cit., P. 648.

حيث يذكر أن:

«Le danger est cependant que les règles complémentaires étant adoptées après l'apparition d'une difficulté imprévue et pour la régler, leur formulation puisse paraître influencée par la préoccupation d'obtenir un résultat déterminé; les règles préexistantes échappent à ce reproch».

Rev. Crit., 1963, P. 304.

(٢) انظر الحكم:

حيث ذكر الحكم أن:

«L'arbitrage devant avoir lieu, dans toutes les éventualités, en dehors de l'arabe saoudite, il est patent que la loi qui régit cette institution n'est pas celle de cet Etat, car les parties ont entendu, des le début, soustraire leurs accords pour assurer à la concessionnaire la garantie d'un juge neutre».



واستبعدت المحكمة أيضا تطبيق القانون الأمريكي وذلك على أساس أن هذا القانون ليس له أى سند من الاختصاص، ليس فقط لأن مقر التحكيم لم يكن محددًا في الولايات المتحدة الأمريكية، بل أيضا استنادا إلى مبدأ المساواة الكاملة بين الأطراف أمام المحكمة<sup>(١)</sup>.

كما استبعدت محكمة التحكيم تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم وذلك على أساس أن مبدأ الحصانة القضائية للدول يتعارض مع ممارسة السلطات القضائية للدولة مقر التحكيم لحقها في الرقابة على التحكيم والتدخل. في بعض الأحيان، أثناء إجراءات التحكيم، فبالاستناد إلى مبدأ الحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي للدول الأجنبية، من غير المقبول أن يخضع التحكيم الذي تشارك فيه دولة ذات سيادة لقانون دولة أخرى. حيث أن تدخل هذه الدولة الأخيرة يشكل اعتداء على سيادة الدولة الملوّف في التحكيم. ومن شأنه أن يجعل حكم التحكيم الذى يسدر فى مثل هذه الأحوال وهما، وبناء عليه انتهت محكمة التحكيم إلى أن هذا التحكيم لا يمكن إلا أن يخضع مباشرة للقانون الدولي العام<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر الحكم:

Rev. Crit., 1963, P. 405.

وذكر الحكم أن:

«La loi américaine de l'autre partie n'ayant aucun titre de compétence, non seulement parce que le siège du tribunal arbitral n'est pas fixé aux États - unis, mais encore en raison du principe de la complète égalité des parties devant l'arbitre».

Rev. Crit., 1963, P. 405.

(٢) انظر الحكم:

إذ يذكر أن:

«Le principe de l'immunité de juridiction des États, (par in parem non habet jurisdictionem). S'oppose à ce que les autorités judiciaires de l'État du siège puissent exercer leur droit de contrôle sur l'arbitrage et s'ingérer, dans certains cas, dans la procédure arbitrale ... le tribunal de céans, considérant que l'immunité de

ولقد تعرض هذا الحكم لانتقاد من قبل غالبية الفقهاء الذين علقوا عليه سواء من حيث الحجج التي استند عليها في إبتدائه لقانون كل من الطرفين وقانون الدولة مقر التحكيم أو من حيث النتيجة التي انتهى إليها وهي تطبيق القانون الدولي العام على إجراءات التحكيم.

فقد ذهب بعض الفقهاء (١) - ويحق - إلى أن مبدأ مساواة

- 
- *jurisdiction assurée par le droit des gens aux États étrangers ... ne saurait admettre que l'arbitrage auquel participe un souverain peut relever de la loi d'un autre État ... Il en résulte que l'institution de l'arbitrage comme telle ne peut que relever directement du droit des gens.*

(١) انظر:

BATIFFOL (H.), *La sentence ... Op. Cit.*, P. 651.

حيث يقول:

-Le principe d'égalité ne suffit pas à écarter la loi d'une des parties, car C'est le droit commun que l'application d'une des lois ayant quelque lien objectif avec la situation. Malgré l'avantage qu'un tel choix procure à l'une des parties, il faut bien aussi compter finalement avec la teneur de la loi en question qui peut être avantageuse à la partie adverse.

وفي نفس المعنى انظر:

ZAH (A.), *Op. Cit.*, P. 322.

ويرى أن المطلق يقتضي بتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها النزاع، أي القانون السعودي. وأن مبدأ المساواة بين الأطراف لن يضار لأن مقر التحكيم كان خارج السعودية في كل الفروض.

وعكس ذلك انظر:

LALIVE (P.), *Problèmes relatifs ... Op. Cit.*, P. 652.

حيث يرى أن تطبيق قانون له صلة موضوعية بموضوع النزاع يجب أن يزول. فيما يتعلق بالاجراءات، أتم مبدأ المساواة بين الأطراف والذين لا يستهدفون من وراء اللجوء إلى التحكيم التحقق من وجود قاضي محايد فعصب، بل أيضا وجود إجراءات مستقلة عن تلك الواردة في قانون كل من الطرفين.

الأطراف أمام المحكم لا يكفى لاستبعاد قانون أحد الطرفين، وذلك لأن القانون المقارن يقضى بتطبيق أحد القوانين التي لها صلة موضوعية بالمركز القانوني. وعلى الرغم من الميزة التي قد يحصل عليها أحد الأطراف من وراء تطبيق قانونه، فإنه يجب الأخذ في الاعتبار أن مضمون هذا القانون قد يكون مفيدا في النهاية للطرف الآخر.

أما من ناحية التسك بالحصانة القضائية لاستبعاد تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم فهي حجة ليست مقنعة. وفي هذا السدد، ذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه ليس من المؤكد أن الحصانة القضائية تتعارض مع خضوع دولة ما لقانون دولة أخرى. ففي الواقع، لو أن حكومة دولة أقامت دعوى أمام محاكم دولة أجنبية أو دفعت في الموضوع في دعوى مرفوعة ضدها أمام قضاء أجنبي، فإنها بذلك تكون قد تنازلت عن حصانتها. وليس هناك من شك في أن قانون دولة القاضي المختص يكون هو الواجب التطبيق على الإجراءات. فلماذا لا يكون الأمر كذلك بالنسبة للتحكيم، ونخضع لإجراءات التحكيم لقانون دولة معينة؟

كما ذهب جانب آخر من الفقه<sup>(٢)</sup> إلى القول بأنه ليس من المؤكد أن الدولة التي تكون طرفا في تحكيم من هذا النوع تكون مشمولة بالحصانة القضائية. فالقانون السويسري (والذي أشار إليه الحكم ذاته صراحة) يأخذ بالحصانة القضائية المقيدة، حيث يميز هذا القانون في مجال الحصانة القضائية بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة. هذا بالإضافة إلى أن الحصانة القضائية تتعلق بالدولة المدعى عليها التي تكون مكلفة بالحضور أمام القضاء، وليس بالدولة المدعية التي يجوز لها أن تتنازل عن الحصانة القضائية. ومن

(١) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence ... Op. Cit., PP. 650 - 651.

(٢) انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., PP. 653 -

المعروف أن الطرفين قد اتفقا، في اتفاق التحكيم، على أن يتوجها معا إلى محكمة التحكيم، فلا يوجد في هذه القضية مدع ولا مدعى عليه.

زد على ذلك أن الطرفين قد أدجا شرطا في اتفاق التحكيم قررا فيه «أنه ليس في قرارها المشترك بخضوع النزاع للتحكيم طبقا للمادة ٢١ من عقد امتياز أرامكو، ولا في التحكيم ذاته، ما يشير مسألة سيادة الدولة السعودية». إن هذا الشرط إن لم يشر إلى احتمال تطبيق قانون دولة مقر التحكيم على الاجراءات، فإنه يمكن الاستناد عليه، عند الحاجة، لاستبعاد فكرة الحصانة القضائية.

أخيرا، واستقلا عن فكرة الحصانة القضائية ذاتها، كيف يمكن أن نقبل وبدون تحفظ تأكيد المحكمة أن التحكيم الذي تشارك فيه دولة ذات سيادة لا يمكن أن يخضع لقانون دولة أخرى. إن هذا التأكيد لا يمكن التمسك به إلا عندما تتصرف الدولة باعتبارها دولة ذات سيادة. ولكن عندما تدخل الدولة في علاقة مع شخص خاص وتتعامل معه على قدم المساواة - كما هو الحال بالضرورة عندما تتفق معه على اللجوء إلى التحكيم - فليس هناك ما يمنع من وجهة نظر القانون الدولي أن تخضع الدولة للقواعد القانونية لدولة أخرى، كما هو الشأن عندما تخضع لنظامها القانوني. وبناء عليه يجب الانتهاء إلى أن البواعث Les motifs التي تمسك بها حكم أرامكو لا تبرر الحل الذي أخذ به.

وفي الحقيقة إن الحجة التي تمسك بها حكم التحكيم تثير الدهشة. على الأقل فيما يتعلق بلهجة التأكيد التي عبر عنها. وما يشير الدهشة أيضا أن الأستاذ (سوزر-هل)، رئيس محكمة التحكيم التي أصدرت هذا الحكم، قد أعلن بشكل غير صريح أمام مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأستردام عام ١٩٥٧، وقبل إيداع حكم التحكيم ببضع شهور، أننا نتردد في إخراج هذا التحكيم من إطار القواعد المعتادة في القانون الدولي الخاص وإخضاعه لمبادئ القانون الدولي<sup>(١)</sup>.

(١) انظر:

ومما يدعو للتعجب أن محكمة التحكيم فيما يتعلق بالإجراءات تمسكت بأن أحد الأطراف دولة ذات سيادة وأخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام. وفيما يتعلق بموضوع النزاع أكدت أن أحد الأطراف ليس دولة ذات سيادة، وإنما شركة خاصة ومن ثم أكدت على أن المقد لا يخضع للقانون الدولي العام. ألا يدل ذلك على التناقض والفساد في الاستدلال الذي أصاب الحكم في حيشياته؟

وعلى الرغم من كل هذه الانتقادات التي وجهت إلى الحل الذي أخذ به حكم تحكيم أرامكو. فإن الأستاذ DUPUY قد أخذ بهذا الحل في حكم التحكيم الذي أصدره في قضية تكاكو ضد الحكومة الليبية. وهو الحكم الذي نعرض له الآن.

## ٢ - حكم التحكيم الصادر في ١٩ يناير لسنة ١٩٧٧ في قضية تكاكو ضد الحكومة الليبية:

لقد سبق أن تعرضنا لوقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم<sup>(١)</sup> ونكتفي هنا بالتذكير بأن هذا الحكم قد صدر في النزاع الذي نشأ بين الحكومة الليبية وشركتي تكاكو. وكالازياتيك الأمريكيتين على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم الأموال والمصالح المملوكة لهما في عام ١٩٧٣.

ولقد بدأ المحكم الوحيد في هذه القضية الأستاذ DUPUY، في معرض بحثه عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ببيان أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإنه يجب على المحكم تحديد النظام القانوني واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفي هذا الصدد هناك نوعان من الحلول يمكن الاستناد على أي منهما: الحل الأول والذي أخذ به الأستاذ CAVIN في التحكيم الذي جرى بين الشركة الكندية صافير «Saphir» والشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك» والذي يتصل في إخضاع التحكيم لقانون وطني معين، وخصوصاً قانون الدولة مقر التحكيم.

(١) انظر ما سبق، ص ١٢٦ ومبجدها.

ولقد ارتأى الأستاذ DUPUY أن هذا الحل كان له ما يبرره في القضية المذكورة وذلك على أساس أن النزاع لم يكن طرفاه دولا ذات سيادة. كما أنه من المفضل من الناحية العملية أن يستند حكم التحكيم إلى نظام قانونى وطنى عندما يراد تنفيذه.

يبد أن المحكم قد قرر عدم ملائمة الأخذ بهذا الحل فى القضية الحالية حيث أن الطرف المدعى عليه فى هذه القضية دولة ذات سيادة هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن الاعتبارات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم لا شأن للمحكم بها.

لما الحل الثانى: فهو الحل الذى أخذ به الحكم الصادر فى قضية أرامكو والذى يتشل فى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام مباشرة. وقد قدر المحكم أن هذا الحل هو الحل الأكثر ملائمة فى القضية الحالية. ولقد استند فى تبرير هذا الحل على نفس البواعث التى استند عليها الحكم السابق. فقد أوضح المحكم أنه عندما يكون أحد طرفى إجراءات التحكيم دولة ذات سيادة، فإن مبدأ الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدولة يتعارض مع ما يمكن أن تمارسه السلطات القضائية فى الدولة صاحبة المقر لحقها فى الرقابة على التحكيم والتدخل. فى بعض الأحيان. أثناء الاجراءات. وانتهى المحكم إلى أن التحكيم، فى القضية الحالية، لا يمكن إلا أن يخضع مباشرة للقانون الدولى العام.

ولقد استند المحكم على بواعث أخرى إضافية لصالح تطبيق القانون الدولى العام على إجراءات التحكيم. فقد ارتأى المحكم فى طريقة تعيين المحكم الوحيد وبصفة خاصة النص على اللجوء إلى رئيس محكمة العدل الدولية لتعيينه. أن هذا يعنى أن الأطراف قد اتفقوا على أن يكون التحكيم العالى موضوعا تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة، وبالتالي فإن النظام القانونى الذى يحكمه هو القانون الدولى العام<sup>(١)</sup>.

(١) انظر:

ولما كان هذا الحكم قد أخذ بنفس الحل الذي سبق أن أخذ به الحكم الصادر في قضية أرامكو واستند على نفس الحجج التي استند عليها، فإن الانتقادات التي وجهت إلى هذا الحكم الأخير تنسحب بالطبع على الحكم الصادر في قضية تراكو.

والى جانب ذلك يمكننا أن نوجه النقد إلى هذا الحكم من ناحيتين: فمن ناحية أولى فإن القول بأن الاعتبارات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم لا شأن للمحكم بها قول في غاية الخطورة. فإذا كان من الصحيح أن مسألة تنفيذ حكم التحكيم تثور في مرحلة لاحقة على صدور الحكم أمام القضاء الوطني، ولا تدخل ضمن اختصاص المحكم، بيد أننا نرى أنه يجب على المحكم أن يأخذ في الحسبان كل ما من شأنه أن يسهل تنفيذ حكم التحكيم وأن يتعد عن كل ما قد يعوق تنفيذه والاعتراف به. وذلك لأن تنفيذ حكم التحكيم هو الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل<sup>(١)</sup>. فإذا لم يكن اللجوء إلى التحكيم سوف يسفر في النهاية عن حكم تحكيم يمكن تنفيذه فإنه لا ملال إذن من اللجوء إلى التحكيم كمطريق لتسوية المنازعات سوى إضاعة الوقت والجهد والمال. إن حكم التحكيم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم. وهذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ. فتنفيذ حكم التحكيم يشل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات<sup>(٢)</sup>. وبناء عليه نرى أنه يجب على المحكم أن يأخذ في الحسبان كل الاعتبارات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم وذلك على عكس ما قرره المحكم دبو في القضية الحالية.

- ولبنا

COHEN JONATHAN (C.), L'arbitrage texaco ... Op. Cit.,  
1977, P. 452 etS. Sterne, Trois arbitrages ... Rev. Arv.  
1980, P. 10.

(١) انظر مع المزيد من التفصيل حول تنفيذ أحكام التحكيم، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخامس، المرجع السابق، ص ٦٤٥ ومبعضها.

(٢) انظر مع المزيد من التفصيل حول تنفيذ أحكام التحكيم، د. عام الدين القصبي، التنفيذ الدولي .... المرجع السابق، ص ٩.

ومن ناحية ثانية، فإن الاستناد على النص الذي يقضى باللجوء إلى رئيس محكمة العدل الدولية لتعيين المحكم الوحيد للقول بأن الأطراف قد رغبوا في أن يتم التحكيم تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة وبالتالي فإن النظام القانوني الذي يحكم التحكيم هو القانون الدولي العام يعتبر حجة واهية ولا يمكن التسليم بها. إذ أن المحكم يحمل النص أكثر مما يحتمل وينسب للأطراف إرادة لا وجود لها. وذلك لأن النص على أن يتم تعيين المحكم الوحيد بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية التصد منه مواجهة حالة تقاعس أحد الطرفين عن تعيين محكمه أو حالة عدم اتفاق الطرفين على تعيين المحكم الوحيد، والمساهمة في تشكيل محكمة التحكيم، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يستفاد منه رغبة الأطراف على أن يتم هذا التحكيم تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة ومن ثم خضوعه للقانون الدولي العام.

إن القول بغير ذلك معناه أن مجرد النص على أن يتم تعيين المحكم الثاني بدلا من الطرف المتنع عن تعيين محكمة أو تعيين المحكم الثالث في حالة إخفاق المحكمين المعيّنين من قبل الطرفين في تعيينه، بواسطة رئيس المحكمة الفيدرالية السويسرية مثلا، يفيد رغبة الأطراف في إخضاع التحكيم للقانون السويسري. وهو ما لا يمكن التسليم به على إطلاقه.

وأخيرا فإن من الأحكام التي سارت في نفس الاتجاه حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية وهو ما سنعرض له الآن.

### ٣ - حكم التحكيم الصادر في ١٢ أبريل في قضية ليامكو «LIAMCO» ضد الحكومة الليبية:

لقد مضت الإشارة إلى أن هذا الحكم قد صدر في جنيف بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ محماني MAHMASSANI اللبناني الجنسية في النزاع الذي نشأ بين الحكومة الليبية والشركة الأمريكية ليامكو على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم أموال وممتلكات وحقوق هذه الشركة (١).

(١) انظر ما سبق، ص ١٢١ ومبعضها.



وفى هذه القضية، أوضح المحكم أن شرط التحكيم المنصوص عليه فى المادة (٢٨/٥-٦) من عقد الامتياز البرم بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو ينص على أن يتم تحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع بواسطة محكمة التحكيم وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الشأن.

وإعمالاً لهذا الشرط، ونظراً لعدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن تحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع، قررت محكمة التحكيم فى حكمها التمهيدى الصادر فى ٩ يونيه عام ١٩٧٥ أن «مدينة جنيف هى المقر الرسمى للتحكيم، هذا مع إمكانية عقد جلسات فرعية فى مكان آخر لو قرر المحكم أن ذلك ضرورى».

وفىما يتعلق بالإجراءات واجبة الاتباع، قرر المحكم الامتداء بقدر الإمكان بالمبادئ العامة الواردة فى مشروع الاتفاق بشأن إجراءات التحكيم والمعد بواسطة لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولى عام ١٩٥٨. ولقد أوضح المحكم أن هذا الببدأ كان معتمداً من قبل العديد من الاتفاقيات الدولية والتى من أهمها اتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ (المادة ٤٤)، والمعاهدة السويسرية بشأن التحكيم لسنة ١٩٦٩ (المادة ٢٤). كما ذكر أن هذا الببدأ كان متبعاً فى العديد من قضايا التحكيم مثل تحكيم أرامكو ضد السعودية، وتحكيم سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك»<sup>(١)</sup>.

وقد علق بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> على هذا الحكم بالقول بأن هذا الحكم يبدو الأكثر واقعية والأكثر توافقاً مع روح التحكيم الدولى فى مسائل القانون الخاص، حيث تسك المحكم بسلطان الإرادة، وبأحد مبادئ القانون الدولى. والمقرر بصفة خاصة من قبل اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات

Rev. Arb., 1980, P. 147.

(١) راجع الحكم؛

(٢) راجع؛

الاستشار عام ١٩٦٥، والذي مفاده أنه في حالة عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف، يحدد المحكم القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم مستقلاً عن قانون الدولة مقر التحكيم. فالمحكم بعد أن حدد مقر التحكيم في مدينة جنيف بسويسرا، قرر الامتناء بالبيادى العامة الواردة في مشروع الاتفاق بشأن إجراءات التحكيم المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي عام ١٩٥٨.

ويرى هؤلاء أن هذا التحل الذي يتشعب مع الواقع التحكيمي السائد يجب التصديق عليه. وفي الأحوال التي يحدد فيها مقر التحكيم بطريق البدقة، وهو الوضع الغالب، فإنه من المنطقي ألا يكون لهذا التوطين سوى تأثير ضئيل على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

كما ذهب البعض الآخر (١) إلى القول بأن هذا الحكم يعد على جانب كبير من الأهمية من ناحيتين: فمن ناحية أولى فإن هذا الحكم يندرج ضمن التوجه العام السائد في مسائل التحكيم الدولي والذي يعمل على استقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطني. ومن ناحية أخرى، فإن هذا الحكم لم يلجأ إلى التبريرات المضمنة من أجل إخضاع التحكيم للقانون الدولي العام.

(١) انظر:

LEDUCQ (X.), Op. Cit. PP. 401 - 402; N° 878.

حيث يذكر أن:

« Cette décision est intéressante à un double titre: d'une part, elle s'inscrit dans l'orientation générale en matière d'arbitrage international qui est de procéder à un détachement par rapport à toute loi étatique; d'autre part, elle ne se perd pas dans des justifications artificielles afin de soumettre l'arbitrage au droit des gens ».

ونرى - مع بعض الفقهاء (١) - أن هذا الحكم غير واضح وينطوي على شيء من اللبس والتموض Confusions. حيث ذكر الحكم على صعيد واحد حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد السعودية. وحكم التحكيم الصادر في قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية. وذلك على الرغم من اختلاف الحلول التي أخذ بها كل منهما فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. ففي حين أن حكم تحكيم أرامكو أخضع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام، فإن حكم تحكيم سافير أخضع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم على نحو ما سنرى بعد قليل.

ثانياً: أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

من أحكام التحكيم التي أخذت بهذا الحل يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر في ١٥ مارس عام ١٩٦٢ في قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. وحكم التحكيم الصادر في ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٢ في قضية B-P ضد الحكومة الليبية. وحكم التحكيم التهدي الصادر في ١٤ يناير عام ١٩٨٢ في قضية ELF - Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية. وحكم التحكيم الصادر في ٢٤ مارس عام ١٩٨٢ في قضية أمينويل ضد الحكومة الكويتية ونعرض لهذه الأحكام تباعاً.

١ - حكم التحكيم الصادر في ١٥ مارس عام ١٩٦٣ في قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (٢):

يعتبر من أوائل أحكام التحكيم وأبرزها والتي أخضعت إجراءات

---

(١) انظر:

LALIVE (J.F.), Contrats entre États Ou entreprises étatiques et personnes privées, Recueil des cours, 1983. PP. 91 - 91.

(٢) راجع في هذا الحكم:

LALIVE (J.-F.), Un récent arbitrage suisse .... Op. Cit . P. 273.

التحكيم لتأقون الدولة مقر التحكيم حكم التحكيم الصادر فى ١٥ مارس عام ١٩٦٢ فى قضية الشركة الكندية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. ونظرا لأنه لم يسبق لنا التعرض لقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم، فسوف نعرض لها بشئ من الإيجاز.

تتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم فى أنه فى ٢٦ يونيه عام ١٩٥٨ أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) عقدا للبحث عن البترول وإنتاجه واستغلاله مع الشركة الكندية للبترول سافير Sapphire. وتم التصديق على هذا العقد من قبل شاه إيران فى ٢٢ يوليو عام ١٩٥٨ طبقا للقانون الإيرانى للبترول الصادر فى ٢١ يوليو عام ١٩٥٧.

وفى ٢٥ أغسطس عام ١٩٥٨ تنازلت شركة سافير الطرف فى العقد عن حقوقها والتزاماتها إلى شركة سافير الدولية للبترول باعتبارها أحد الفروع التابعة لها. وذلك إعمالا للمادة (٢١) من العقد والتي تعجز لشركة سافير الطرف فى العقد بأن تتنازل عن كل أو جزء من حقوقها والتزاماتها الناتجة عن العقد إلى أى شركة أخرى تخضع لرقابتها.

وفى ٢٤ يناير عام ١٩٦١، قامت الشركة الإيرانية للبترول بفسخ العقد نظرا لعدم استطاعة شركة سافير الدولية بالوفاء بالتزاماتها المنصوص عليها فى العقد. وعلى أثر ذلك، طلبت الشركة سافير من الشركة الإيرانية اللجوء إلى التحكيم، وعينت محكما لها ودعت هذه الأخيرة إلى تعيين محكم لها. وذلك إعمالا للمادة (٤١) من العقد المبرم بينهما.

رفضت الشركة الإيرانية تعيين محكم لها متمسكة فى ذلك بأن شركة سافير قد تنازلت عن حقوقها إلى شركة سافير الدولية. ومن ثم فإن هذه الأخيرة وحدها هى التى لها الصفة فى التمسك بالعقد وخصوصا شرط التحكيم الوارد فيه.

وفى ١٠ يناير عام ١٩٦١، طلبت شركة سافير الدولية من رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا تعيين محكم وحيد للفصل فى النزاع، وذلك

إعمالا للمادة ٤١ من العقد المبرم بين الطرفين. وبموجب القرار الصادر فى ٢١ يناير عام ١٩٦١ قام رئيس المحكمة الفيدرالية المذكورة بتعيين القاضي الفيدرالى CAVIN كمحكم وحيد للفصل فى النزاع. واستمر المحكم فى إجراءات التحكيم رغم امتناع الشركة الإيرانية عن المشاركة فى إجراءات التحكيم<sup>(١)</sup>. وكان من بين المسائل التى واجهت المحكم مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وفى هذه القضية لم يكن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم محددا من قبل الطرفين. وبناء عليه وإعمالا للمادة (٤١) من العقد المبرم بين الطرفين فإن المحكم هو الذى يتولى القيام بهذه المهمة. وبالفعل قام المحكم CAVIN بتحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع بموجب القرار الذى أصدره. فى ١٢ يونيه عام ١٩٦١. ولقد حدد المحكم لوزان Lausanne بسويسرا مقرا للتحكيم. كما حدد قانون الدولة مقر التحكيم. أى القانون السويسرى. كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ولقد برر المحكم ذلك بقوله أن الأطراف قد أعربوا. فى العقد المبرم بينهم. عن رغبتهم بدون لبس وغموض فى الحصول على حكم تحكيم يفصل فى المنازعات المحتملة التى تشور بينهم بشأن تفسير وتنفيذ العقد. ويتضح الطابع القضائى للتحكيم من اتفاق الأطراف على أن أى نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد يتم عرضه على لجنة توفيق Conciliation لى تجد له حلا وديا Amiable وذلك قبل عرضه على محكمة تحكيم للفصل فيه. كما أن شرط التحكيم الوارد فى المادة (٤١) من العقد قد تضمن بشكل محدد تنظيميا حقيقيا للاجراءات ذات طابع قضائى. حيث حدد هذا الشرط بعناية كيفية تشكيل محكمة التحكيم. كما نص على أن يضع الأطراف. أو المحكمين فى حالة تخلفهم. إجراءات التحكيم. كما فرض على الأطراف

واجب التعاون والمساعدة في إجراءات التحكيم. والحصول على الأدلة. كما نظم هنا الشرط مسألة النفقات والتكاليف ونص على إجراءات تفسير حكم التحكيم. كما بين كيفية تحديد مقر التحكيم. وهو عنصر ضروري في العمل التنازلي.

وتتبنى السلطة التنازلية المنوحة للمحكم بالحكم بالضرورة أن يخضع التحكيم لقانون إجرائي وطني ورقابة سلطة وطنية عليا. أي للسيادة التنازلية لمؤلة معينة:

ولما كان من الثابت في الفقه والقضاء أن للأطراف الحق في توطين *Domicile* التحكيم، أي اختيار قانون الإجراءات واجب التطبيق على التحكيم. لوضع المحكم أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فإن من حقه هو، طبقاً للمقد. تحديد مقر التحكيم. ويكون قانون دول المقر هو الواجب التطبيق. ولقد حدد القرار الصادر من المحكم في ١٢ يونيو عام ١٩٦١ القواعد الإجرائية واجبة الاتباع. فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على تطبيق القانون الفيدرالي للمرافعات المدنية الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ (١).

٢ - حكم التحكيم الصادر في ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٣ في قضية B.P. ضد الحكومة الليبية (٢):

صدر هذا الحكم في كوينهاجن بالدنمارك بواسطة المحكم LAGERGREN في النزاع الذي نشأ بين الحكومة الليبية والشركة

---

Ibid. PP. 283 - 284.

(١) انظر:

(٢) انظر أبرزه من الحكم منشورة في: Rev. Ab., 1980, P. 117. وفي تطبيق عليه راجع:

LALIVE (J.F.), Contrats entre ..., Op. Cit., P. 83 et SS.

البريطانية للبترول «British petroleum» على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم أموال هذه الشركة في ٧ ديسمبر عام ١٩٧١. ولقد تم تعيين هذا المحكم كمحكم وحيد للفصل في النزاع من قبل رئيس محكمة العدل الدولية بعد أن استمتت الحكومة الليبية عن تعيين محكم لها ورفضت المشاركة في إجراءات التحكيم. وذلك إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين. وكان من بين المسائل التي واجهت محكمة التحكيم مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وفي هذا الصدد أوضح المحكم أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم سيكون محددا منذ البداية. ثم تساءل المحكم عما إذا كانت إجراءات التحكيم تكون محكمة بالقانون الدولي أو أية قواعد قانونية أخرى لا تنتمي إلى نظام قانوني داخلي. وذلك باعتبار أن أحد طرفي التحكيم دولة ذات سيادة.

وبعد أن عرض المحكم للحل الذي أخذ به حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو والعجيج التي استند عليها. رفض أن يشارك هذا الأخير في حجته التي مفادها أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم يعد بمثابة إعتداء على الحصانة القضائية للدولة الطرف في التحكيم. موضحا أنه في الحدود التي يسمح بها القانون الدولي فإن السلطة القضائية أو التنفيذية. في كل إقليم. تفرض في الواقع وفي القانون En Fait et en droit قيودا على الحصانة التي تتمتع بها الدول الأخرى.

كما أوضح المحكم أنه بالنسبة إلى اللجوء إلى التحكيم كآلية وحيدة دون غيرها لحل المنازعات التعاقدية فإنه يجب افتراض أن الأطراف. حتى وإن كان أحدهم دولة. كان لديهم التية في إيجاد وسيلة فعالة. كما أن ضالية حكم التحكيم عديم الجنسية Sans Nationalité - وهو الأمر الذي يتحقق عندما يكون القانون الدولي هو القانون واجب التطبيق على إجراءات

التحكيم - تكون أضف بكثير من فعالية حكم التحكيم المبني على قانون إجراءات لنظام قانوني وطني معين. زد على ذلك، حتى وإن كان المحكمون لهم السلطة الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة التحكيم الحالية، فإنه من المناسب والفييد إسناد إجراءات التحكيم إلى نظام قانوني معين.

ولقد حدد المحكم مقر التحكيم في كوبنهاجن بالدنمارك. وبناء على الأسباب التي تقدم ذكرها ونظرا للحرية الكبيرة والاستقلال الذي تتمتع بهما محاكم التحكيم التي تفصل طبقا لقانون الدنمارك، قدر المحكم أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو القانون الدنماركي<sup>(١)</sup>.

وأخيرا، أوضح المحكم أن هذا الحل يتفق مع ما يجري عليه العمل في التحكيم بين الدول والأشخاص الأجنبية. إذ أن المحكم PYTHON في قضية ALSING، والمحكم CANIN في قضية سافير تسكا بأن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون الدولة مقر التحكيم. فالمحكم PYTHON استند على المادة الثانية من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٢ والتي تنص على إخضاع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف وقانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم. فإعمالا لهذه القاعدة الأخيرة فإن قانون الموافقات المدنية لمقاطعة فود Vaud هو الذي يطبق. إذ أن المحكم قد حدد مدينة لوزان مقرا للتحكيم. ومع ذلك، فإن القانون المحلي يطبق فقط بصفة إحتياطية في حالة عدم وجود قواعد موضوعة بواسطة الأطراف أو المحكمين المعيّنين من قبلهم، وذلك إعمالا للمادة الثانية من البروتوكول؛ وبناء عليه قرر المحكم أن القواعد الإجرائية المتفق عليها من قبل الأطراف تكون واجبة التطبيق. كما يطبق القانون الفيدرالي للمرافعات المدنية السويسري على المسائل التي لم تكن محل تنظيم من قبل الأطراف. كما أخذ بهذا الحل أيضا القاضي CAVIN في قضية سافير<sup>(٢)</sup>. على نحو ما رأينا.

Rev. Arb., 1980, PP. 118 - 119.

(١) انظر الحكم في:

ibid, PP. 119 - 120.

(٢) انظر:



### ٣ - حكم التحكيم التمهيدى الصادر فى قضية ELF - Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول:

لقد مضت الإشارة إلى أن هذا الحكم قد صدر فى كوبنهاجن بالدنمارك فى ١٤ يناير عام ١٩٨٢ فى النزاع الذى نشأ بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك» والشركة الفرنسية ELF - Aquitaine وذلك على أثر صدور قرار من اللجنة الخاصة المشكلة طبقاً للقانون الإيرانى ذى المادة الواحدة الصادر فى ٨ يناير عام ١٩٨٠. باعتبار العقد المبرم بين الطرفين باطلاً وكان لم يكن Nulle et non avenue لمخالفته لأحكام قانون تأميم البترول الإيرانى لعام ١٩٥١ (١).

وفىما يتعلق بالإجراءات واجبة الاتباع، أوضح المحكم GOMARD أن المادة (٥/٤١) من العقد المبرم بين الطرفين تنص على أن يحدد الطرفان مقر وإجراءات التحكيم. وفى الحالة التى لا يتوصل فيها الطرفان إلى اتفاق فى هذا الشأن، يحدد مقر التحكيم وإجراءات التحكيم بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال.

وبإعمالاً لهذا النص، قام المحكم بتحديد مقر التحكيم فى كوبنهاجن بالدنمارك. كما قرر أن القانون الدنماركى هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم (٢).

---

(١) انظر ما سبق، ص ٢١٤ ومبمعها.

(٢) راجع الحكم:

Rev. Arb., 1984, P. 407, N° 9.

إن يذكر:

«Du fait que les parties n'étaient pas parvenues à un accord sur le lieu et la procédure de l'arbitrage, l'arbitre unique, agissant en vertu de l'article 41, section 5 de la convention notifia aux parties le 29 Mai 1981 qu'il avait décidé que le lieu de l'arbitrage serait copenhagen, danemark; que le droit applicable à la procédure serait le droit danois».

٤ - حكم التحكيم الصادر في قضية أمينويل Aminoil ضد الحكومة الكويتية:

لقد صفت الإشارة إلى أن هذا الحكم قد صدر في باريس في ٢٤ مارس عام ١٩٨٢ في النزاع الذي نشأ بين حكومة الكويت والشركة الأمريكية Aminoil على أثر قيام الحكومة الكويتية بتأميم أموال وممتلكات الشركة المذكورة عام ١٩٧٧ (١).

وقد أوضحت محكمة التحكيم أن الطرفين قد تناولا مسألة القانون واجب التطبيق في اتفاق التحكيم المبرم بينهما في ٢٢ يوليو عام ١٩٧٩. وأنها قد فرقاً في هذا السد بين القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم وذلك الذي يحكم موضوع النزاع.

وفيما يتعلق بالإجراءات، أكدت محكمة التحكيم أنه من غير المتنازع فيه أن الطرفين قد اختارا النظام القانوني الفرنسي كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. حيث تنص المادة (١/٤) من اتفاق التحكيم على خضوع إجراءات التحكيم للنصوص الأمرة في قانون المرافعات في الدولة مقر التحكيم، أي القانون الفرنسي.

بيد أن محكمة التحكيم قد أوضحت أن ذلك لا يضي بأي حال من الأحوال أن إجراءات التحكيم تخضع خضوعاً كاملاً لقانون الدولة مقر التحكيم. أي القانون الفرنسي. إذ أن الطرفين قد نصا في اتفاق التحكيم على كيفية تحديد القواعد الإجرائية الأساسية مانحين محكمة التحكيم السلطة في تحديد الإجراءات واجبة التطبيق على أساس العدالة الطبيعية La Justice Naturelle ومبادئ إجراءات التحكيم عبر الدولية التي ترى أنها واجبة التطبيق وهو ما فعلته المحكمة عند تحديدها للقواعد الإجرائية التي تبنتها في ١٦ يوليو عام ١٩٨٠. ثم أوضحت المحكمة

---

(١) انظر ما سبق. ص ١٢٧ ومبعضها.

الحرية الكبيرة التي يمنحها القانون الفرنسى للأطراف والمحكمين فى تحديد القانون وإلجاء التطبيق على إجراءات التحكيم<sup>(١)</sup>.

مجلس القول أن المحكمة قد قررت أن القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو القانون الفرنسى باعتباره قانون الدولة مقر التحكيم. وذلك بالنسبة للمسائل غير المنظمة فى اتفاق التحكيم أو القواعد الإجرائية المنشأة بواسطة محكمة التحكيم فى ١٦ يوليو عام ١٩٨٠<sup>(٢)</sup>.

نخلص من ذلك كله إلى أن المحكمين يفضلون إخضاع إجراءات التحكيم لنظام قانونى معين. ولا يتركون هذه المسألة لتقديرهم الشخصى.

### رأينا الخاص:

لما كان نظام التحكيم بأكمله يقوم أساسا على إرادة الأطراف فإنه لا يسعنا فى هذا المقام إلا أن نتفق مع الاتجاه السائد الذى يقضى بخضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف فى المقام الأول. فالقانون أو القواعد الإجرائية التى يتفق عليها الأطراف هى التى تكون واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم. كما أننا نتفق مع الاتجاه السائد فى منح الأطراف حرية كبيرة فى اختيار هذا القانون أو تلك القواعد بحيث يجوز لهم أن يسميوا بأنفسهم - فى اتفاق التحكيم - القواعد الإجرائية واجبة الاتباع. أو أن يتفقوا على تطبيق القواعد الإجرائية النافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة أو أن يعددوا قانونا وطنيا مينا ليكون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

بيد أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أننا نؤيد الرأى الذى ذهب إلى

---

(١) انظر موجز للحكم:

CLUNET, 1982, PP. 871 - 872.

وانظر أيضا:

LALIVE (J. F.), Contrats entre ..., Op. Cit., PP. 148 - 149.

(٢) انظر.

BURDEAU (G.), Droit international ..., Op. Cit., P. 460.

حد القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وخضوعها لقواعد اجرائية غير وطنية. إذ أننا نجد صعوبة في قبول هذا الرأي وذلك للعديد من الأسباب:

١ - أنه من الصعب، إن لم يكن من المستحيل، أن يستوعب اتفاق الأطراف كل المسائل الاجرائية التي يمكن أن تثار أثناء سير خصومة التحكيم. فالذي يحدث في الواقع العملي - على نحو ما رأينا عند دراسة الممارسة التقاعدية - أن الأطراف يكتفون بالنس على بعض القواعد الاجرائية الأساسية مثل كيفية بدء إجراءات التحكيم، وكيفية تشكيل محكمة التحكيم، وكيفية تذليل الصعوبات التي تعترض تشكيلها، وتحديد مكان التحكيم أو بيان كيفية تحديده. ثم بعد ذلك إما أن يتفق الأطراف على اختيار قانون وطني معين ليحكم إجراءات التحكيم أو يفوضوا المحكمين في القيام بهذه المهمة<sup>(١)</sup>.

٢ - إن المحكمين يفضلون عدم ترك إجراءات التحكيم لبعض إرادتهم، ويلجأون إلى تطبيق نظام قانوني معين، ليحكم إجراءات التحكيم، وذلك على نحو ما رأينا عند دراسة أحكام التحكيم. زد على ذلك أنه على الرغم من أن المادة (١١) من لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية تعطي للأطراف، وكذلك للمحكمين، الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم، إلا أن المحكمين غالباً ما يلجأون إلى تطبيق قانون وطني معين، وخصوصاً قانون الدولة مقر التحكيم<sup>(٢)</sup>.

٣ - إن القول باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وخضوعها فقط لإرادة الأطراف، والمحكمين على سبيل الاحتياط، في غاية الخطورة. وهو ما عبر عنه أحد أنصار هذا الاتجاه<sup>(٣)</sup> بقوله: «أنه من

(١) في نفس المعنى تقريباً انظر:

BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 658.

(٢) انظر أحكام التحكيم المشار إليها في الهامش رقم (٦). ص ٥٥٥.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph), L'autonomie ..., Op. Cit., P. 104.

غير المقبول أن تعتمد إجراءات التحكيم على قواعد ذات مصدر خاص فقط. فهذه القواعد قد تكون مفروضة من قبل متعاقد أكثر قوة أو من محكم أو جهاز تحكيمي منحاز وتستخدم مع أبسط قواعد العدالة. وبالتالي يجب توفير الحد الأدنى من الضمانات للأطراف حتى يمكنهم التمسك بادعاءاتهم بحرية وعلى قدم المساواة».

٤ - إن القوانين الوطنية غالباً ما تشمل على قواعد أمره يتعين على الأطراف، وبالتالي المحكمين، مراعاتها وإلا كان حكم التحكيم باطلاً أو غير قابل للتنفيذ. ولعل هذا السبب هو ما دفع بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> - على نحو ما رأينا - إلى القول بأن كل تحكيم يجب أن يستند بالضرورة إلى قانون وطني معين. بل ولعل هذا السبب هو ما دفع أيضاً البعض الآخر<sup>(٢)</sup> إلى القول بأنه يجب على المحكمين الاهتمام بمتطلبات قانون الدولة مقر التحكيم. ليس لأن هذا القانون هو الذي يحكم إجراءات التحكيم باعتباره القانون واجب التطبيق، بل لأنه في معظم القوانين الوطنية فإن قانون الدولة مقر التحكيم هو الذي ينظم طرق الطعن في حكم التحكيم. ومخالفة بعض المبادئ الاجرائية تمثل حالة من حالات الطعن. وأن هذا المفهوم مقرر اليوم من قبل العديد من التشريعات الوطنية. فعلى سبيل المثال، فإن المادة

- حيث يذكر أن:

«On ne peut admettre que la procédure arbitrale dépende exclusivement de règles d'origine privée; Celles - ci peuvent, en réalité, être imposées par un contractant plus fort, par un arbitre ou par une institution partiale, et heurter le sens le plus élémentaire de la justice. Un minimum de garanties doit être assuré aux deux parties pour faire valoir leurs prétentions librement et sur un pied de relative égalité».

(١) انظر ما سبق، ص ١٦٧ ملحق رقم (٦).

(٢) انظر:

GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, Dr. int., fasc. 586-8-1, N° 22.

١٦٩٣ من قانون القضاء البلجيكي لا تسمح للأطراف بتحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم إلا مع مراعاة أحكام المادة ١٦٩٤ من هذا القانون والتي تنص على احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة ومبدأ المساواة بين الأطراف في خصومة التحكيم. كما أن المادة ١٠٢٦ من القانون الإيرلندي قبل أن تنص على حرية الأطراف في اختيار القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، نصت على مراعاة أحكام الباب المخصص للتحكيم والذي تضمن النص على مبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة، والعديد من القواعد الاجرائية المتعلقة بالشهادة والخبرة وتقديم المستندات وقواعد الإثبات.

كما أننا لا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء - وكذلك بعض أحكام التحكيم - من القول بإخضاع إجراءات التحكيم لقواعد القانون الدولي العام. ونرى مع جانب من الفقه<sup>(١)</sup> أن تبقى قواعد القانون الدولي العام محجوزة للعلاقات فيما بين الدول أما المعاملات الاقتصادية وللجارية فيجب أن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص حتى ولو كان أحد أطرافها من الدول، وذلك للعديد من الأسباب:

١ - إن إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام معناه اعتبار الشركة الخاصة المتعاقدة مع الدولة شخصا من أشخاص القانون الدولي وهو ما لا يمكن قبوله<sup>(٢)</sup>.

٢ - إن القانون الدولي العام لا يتضمن قواعد إجرائية تكفي لحكم المنازعات الناشئة عن المعاملات التي تدخل في إطار القانون الدولي الخاص<sup>(٣)</sup>.

٣ - إننا نتخوف من أن يكون القصد من إخضاع إجراءات التحكيم

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١١١.

(٢) انظر: ZAH (A.), Op. Cit., P. 322.

(٣) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١١١.

للقانون الدولي العام ليس فقط التهرب من قانون الدولة الطرف في المقدم، على نحو ما ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup>، بل أيضا الوصول بذلك إلى اعتبار هذا التحكيم تحكيميا دوليا بالمعنى الدقيق. وبالتالي اعتبار حكم التحكيم على أنه حكم دولي يخضع في تنفيذه لقواعد القانون الدولي العام. وهذا الأمر غاية في الخطورة في ظل الوضع الدولي الراهن، ذلك لأن اعتبار حكم التحكيم بمثابة حكم تحكيم دولي بمعنى الكلمة ربما يؤدي في نهاية الأمر إلى اللجوء إلى منظمة الأمم المتحدة لإجبار الدولة على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها وتمنع عن تنفيذه. وذلك عن طريق استصدار قرارات من مجلس الأمن بتوقيع العقوبات الاقتصادية مثلا أو اللجوء إلى استخدام القوة أو أن عدم امتثالها لحكم التحكيم يهددها بعواقب وخيمة ... الخ.

كما أننا لا نتفق مع الاتجاه السائد والذي يعطى للمحكمن سلطة تحديد القانون أو القواعد الإجرائية واجبة التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف في هذا الصدد، اللهم إلا إذا فوس الأطراف أنفسهم المحكمن في القيام بهذه المهمة.

ونرى أنه في حالة غياب القانون أو القواعد الإجرائية المختارة بواسطة الأطراف أو وجود نقص فيها، يتعين تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم وذلك لأن هذا الحل قد أخذت به اتفاقية دولية جماعية انضمت إليها معظم دول العالم وهي اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لعام ١٩٥٨. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا الحل يوفر الأمان القانوني لأطراف التحكيم، حيث يكون النظام الإجرائي واجب التطبيق معروفا لديهم منذ البداية.

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١١١. حيث يذكر أن موعاليا ما يعني إخراج هذه العلاقات من مجال القانون الدولي الخاص وإدخالها في القانون الدولي العام لتحقيق نتيجة معينة وهي غالبا ما تكون التهرب من قانون الدولة الطرف في الملاقة. ويبدو هذا واضحاً في تحكيم الاستاذ دجوي الذي استند لتحقيق هذا الفرض إلى حصة الدولة التي تقتضى عدم خضوعها لقانون دولة أخرى، إلا أنه نزع مضمون هذه المحجة حينما لم يرتب على نتمع الدولة بصفتها خضوعها لقانونها الداخلي، وإنما رتب على ذلك خضوعها لأحكام القانون الدولي العام.





## الفصل الثاني

### القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

تمهيد وتقسيم:

تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق على المقود بصفة عامة من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص. وتزداد هذه الصعوبة عندما تثار هذه المسألة أمام المحكم، حيث أنه من المعروف أن المحكم ليس له قانون اختصاص (أو ما يسمى بقانون القاضي Lex Fori) يحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه. بل إن هذه المسألة تصبح أكثر صعوبة وتعقيدا عندما يكون أحد طرفي المقود دولة ذات سيادة أو أحد الأجهزة التابعة لها، كما هو الشأن بالنسبة لعقد البترول محل الدراسة. إذ أن الدولة أو الجهاز العام التابع لها، ينفر من إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونه الوطني، وخصوصا قانون الدولة التي تنتمي إليها الشركة الخاصة الطرف في العقد، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة تسمى جاهدة إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة (أو الجهاز العام) للطرف في العقد. إذ أن تطبيق قانون هذه الدولة يمكنها من المساس بالتزاماتها التعاقدية، وذلك عن طريق تغيير قانونها إما يحقق مصالحها ويضر بالتالي بالشركة المتعاقدة معها.

وينبغي لدراسة هذه المسألة أن نعرض أولا للاتجاهات السائدة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بصفة عامة ومدى انطباقها على عقود البترول. وبعد ذلك نعرض لأهم الحلول التي قال بها الفقه بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول المبرمة بواسطة الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، ثم نعرض أخيرا لموقف أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية في هذا الشأن. وفي ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث. وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول:** ونعرض فيه للاتجاهات السائدة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بصفة عامة ومدى انطباقها على عقود البترول.

**المبحث الثاني:** ونعرض فيه للحلول المختلفة التي قال بها الفقه بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول.

**المبحث الثالث:** ونعرض فيه لموقف أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية، ثم نذكر رأينا الخاص.

### **المبحث الأول**

**الاتجاهات السائدة في شأن تحديد القانون واجب التطبيق**

**على موضوع النزاع ومدى انطباقها على عقود البترول**

من المسلم به في مجال المعاملات الدولية الخاصة أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية. وأنه في الحالة التي يختار فيها الأطراف قانونا مينا ليحكم بينهم، فإن على المحكمة المعروض عليها نزاع يتعلق بهذا العقد أن تلتزم بتطبيق هذا القانون المختار. طالما أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام في الدولة ذات الشأن أو غير مشوب بالنش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم العقد<sup>(١)</sup>.

فالدراسة المقارنة لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، في الناحية العظمى من الدول، تكشف في الحال عن وجود اتفاق بينها فيما

(١) انظر:

LEW (J.D.M.) La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, le contrat économique international, travaux des 11<sup>es</sup> Journées d'études juridiques, Jean - Dabin, Paris, Pédone, 1975, P. 152, N° 2.

راجع أيضا د. أبو زيد رشوفه تجميع الشق، ص ١٦٩ ومبعضها، بند ٧٧.

يتعلق بالقانون واجب التطبيق على العقود والالتزامات الناشئة عنها. حيث أن هذه القواعد تعطي الأولوية لإرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية<sup>(١)</sup>.

بيد أن السؤال الذي يثور هو هل مبدأ استقلال الإرادة المعمول به أمام المحاكم القضائية في مسائل العقود بصفة عامة، معمول به أيضا أمام المحكمين في إطار التحكيم الدولي الخاص؟

بالإطلاع على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والتشريعات الوطنية الحديثة، وكذلك أحكام التحكيم، نجد أنها تأخذ جميعا بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وفي حالة غياب قانون الإرادة المستقلة، تعطي سلطة تحديد هذا القانون للمحكمين أنفسهم.

ونعرض أولا لقانون الإرادة المستقلة. ثم نعرض بعد ذلك للحلقة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة. وذلك كل في مطلب مستقل.

## المطلب الأول

### خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة

يعتبر خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف مبدأ مسلما به في مجال التحكيم الدولي الخاص. فقد أخذت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. من ذلك يمكن أن نذكر الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١ والتي نصت في المادة (٧) منها على أنه «١- للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...».

(١) انظر:

GIULIANO (M.), La loi applicable aux contrats, Problèmes choisis, Recueil des cours, 1977, P. 192 et SS. spéc. P. 199; RIAD (F.): L'entreprise publique et - Op. Cit., P. 636; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 60; LEDUCQ (X.), Op. Cit., PP. 121 - 122, N° 177.

وقد ذهب رأى فى الفقه (١) إلى أن الاتفاقية الأوربية - بموجب هذا النص - قد كرست الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف، بحيث يجوز لهم اختيار أى قانون وطنى ولو لم يكن له أدنى صلة بالمقد أو على وجه التحديد بموضوع النزاع.

كما ذهب رأى آخر (٢) إلى أن استخدام النص لاصطلاح «Le droit» بدلا من اصطلاح «La loi» يعبر عن إرادة واضحة الاتفاقية فى الاعتراف للأطراف ليس فقط باختيار قانون وطنى، بل أيضا القواعد المهنية والعادات أو البادئ المشتركة فى قانون التجارة الدولية.

كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. فقد نصت المادة (٢٨) من القانون النموذجى الذى وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٨٥، على أن «١- تفصل محكمة التحكيم فى النزاع طبقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأى اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانونى يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنزع القوانين. مالم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك».

وكما هو واضح من النص، فإن القانون النموذجى قد أخذ فى المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع. ولكن يلاحظ على هذا النص من ناحية أنه قد حذر اللجوء إلى الإحالة، وعلى هذا فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعنى

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage Commercial ... Op. Cit., P. 357. N° 538.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Dalloz, Dr. int., P. 131, N° 237.

وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في هذا القانون وليس لقواعد الاستاد فيه (١). ومن ناحية أخرى إن النص قد استخدم اصطلاح «القواعد القانونية» وليس اصطلاح «القانون» وهو ما دعى بعض الفقهاء (٢) إلى القول بأن هذا النص يعطى للأطراف مكنة اختيار قواعد قانونية غير وطنية مثل المبادئ العامة للقانون أو القواعد المشتركة في الأنظمة القانونية للأطراف المتنازعة.

كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم التي وضعتها نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٧٦، إذ تسم المادة (٢٢) منها على أن «تطبق محكمة التحكيم القانون المختار بوسيلة الأطراف بوصفه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع...» كذلك الأمر بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. فقد نصت المادة ١/١٢ من هذه القواعد على أن «للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع...» وكذلك الأمر أيضا بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم ابتداء من أول مايو سنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة (١/١٩) من هذه القواعد على أن «تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية المختارة بواسطة الأطراف لتحكم موضوع النزاع...»

كما أخذت القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الفرنسي للتحكيم الدولي. فقد نصت المادة (١١٩٦) من هذا القانون على أنه «يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...»

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخامس، المرجع السابق، ص ١٧٢ - ١٧٣.

(٢) انظر:

ويرى الفقه الثالب (١) أن هذا النص، باستخداه تعبير «القواعد القانونية» بدلا من تعبير «القانون»، يجيز للأطراف الاتفاق على حسم النزاع ليس فقط بالتطبيق لقانون وطنى معين، بل أيضا بالتطبيق للقواعد المشتركة فى القوانين الوطنية المتصلة بموضوع النزاع أو المبادئ العامة للقانون أو القانون الدولى العام - بصفة خاصة عندما تكون الدولة طرفا فى النزاع - أو ما يسمى اليوم بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون السويسرى للتحكيم الدولى الخاص، إذ نصت المادة (١/١٨٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف ...».

فكما هو واضح من النص، لقد أخذ المشرع السويسرى فى المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع كما ألزم محكمة التحكيم بتطبيق قواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف. هنا بالإضافة إلى أن المشرع قد استخدم تعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» بهدف عدم تقييد إرادة الأطراف فى اختيار قانون وطنى معين (٢).

وقد أخذ بنفس الحل القانون الإيرلندى للتحكيم، حيث نصت المادة ١٠٥٤ منه على أن «تفصل محكمة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage international en France ... Op. Cit., P. 393 etSS. N° 35 etSS; LEVEL (P.), La procedure arbitrale, Op. Cit., P. 75; BELLET (P.) et MEZGER (E.), Op. Cit., PP. 630 - 631; GOLDMAN (B.), La volonté des parties ... Op. Cit., P. 483; BOISSESON (M.), Le droit Français, ... Op. Cit., P. 588 etSS., N° 660 etSS; ROBERT (J.), Op. Cit., 1993, P. 266, N° 30.

(٢) انظر مع المزيد من التفصيل:

LALIVE (P.), POUDRET (J.F.), et REYMOND (C.), Op. Cit., P. 388 etSS.

بواسطة الأطراف». وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائري حيث نصت المادة ٢٥٨ مكرر ١٤ من هذا القانون على أن «تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي اختارها الأطراف...».

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن قانون التحكيم المصري الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد سار في نفس الاتجاه. فقد نصت المادة ١/٢٩ من هذا القانون على أن «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك». وكما يتضح من هذا النص لقد أخذ المشرع المصري بالاستقلال المطلق لإرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تطبق على العقد موضوع النزاع. حيث لم يقيّد إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص، وبالتالي يجوز لهم اختيار أى قانون وطنى ولو لم يكن له أية صلة بالمقدّم موضوع النزاع. وفي حالة اختيار الأطراف لقانون وطنى معين، تطبق القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(١)</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> أن استخدام المشرع لتعبير «القواعد» دون أن يلحقها بوصف القانونيّة قد قصد به عدم تقييد إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونيّة التي تنتمي لقانون وطنى معين، بدليل أن النص قد أضاف «وإذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة...» مما يفيد أن من حقهم أيضا الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي للقانون الداخلى لدولة ما. كما يرى هؤلاء أنه من المتصور وفقا لهذا النص أن يتفق الأطراف على قواعد يتم اختيارها من عدة قوانين داخلية بالإضافة لما قد يتم اختياره من قواعد مستمدة من اتفاقيات دولية غير نافذة في مصر أو عقود نموذجية جرى عليها العمل في المجال الذي تم التعاقد في إطاره.

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد، التحكيم المولى الخامس، المراجع السابق، ص ١٧٥ ومبعضها.

(٢) فطر د. شام سائق، لقانون الواجب للتطبيق ..... المراجع السابق، ص ٧١٢ ومبعضها، بند ٦٩١.

ومما تجدر الإشارة إليه أن العديد من أحكام التحكيم قد اعتمدت مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على المقدم موضوع النزاع. ومن ذلك يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ١٥١٢ عام ١٩٧١ (١). ففى هذا الحكم أكد المحكم على مبدأ استقلال الإرادة فى اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك بقوله «فى المسائل التعاقدية من الممكن الحديث عن قانون دولى خاص مشترك أو عالمى، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعركة القانون الذى يحكم المقدم فى حالة الاختيار السريع من قبل الأطراف. حيث يوجد مبدأ مسلم به عالياً فى القانون الدولى الخاص يقضى بأن القانون الذى يحكم المقدم هو القانون المختار بواسطة الأطراف ... ولأن الاختلافات التى يمكن أن نلاحظها بين الأنظمة الوطنية المختلفة تتعلق فقط بالتبؤد التى ترد على حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق وليست بالمبدأ ذاته المسلم به عالياً».

ويمكن أن نذكر أيضاً حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٨١ عام ١٩٧١ (٢). ففى هذا الحكم، أكد المحكم على أنه «بما أن محكمة التحكيم تستمد من عقد تولية المحكمين L'acte de mission كامل سلطاتها واختصاصاتها، وبما أنها - على عكس المحكمة القضائية - ملزمة بإرادة الأطراف عندما تكون متطابقة، فإنه لا يمكنها إلا أن تعلن أن القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق فى القضية».

مبجل القول: إن الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية وأحكام التحكيم قد أخذت فى المقام الأول مبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

Cunet 1974, P. 904.

Cunet, 1974, P. 887.

(١) رابع الحكم منشور فى:

(٢) رابع الحكم منشور فى:

وفى نفس الاتجاه انظر:

Sentence CCI, Rendue dans L'affaire N° 2119, Cunet  
1979, P. 997.



بيد أن السؤال الذي يثور الآن هو هل يمكن الأخذ بهذا المبدأ في مجال العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفاً فيها، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول؟ وبعبارة أخرى هل تتمتع الدولة والأشخاص العامة بالحرية في اختيار القانون وإجب التطبيق على العقد المبرم بواسطتها شأنها في ذلك شأن الأشخاص الخاصة وفي الحدود المقررة لها؟

يرى الفقه الغالب<sup>(١)</sup> أن للدولة والأشخاص العامة، شأنها شأن أي متعاقدين آخرين، القدرة على اختيار القانون وإجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفاً فيه مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية حيث لا يوجد أي اختلاف فيها يتعلق بتحديد القانون وإجب التطبيق على العقد حسب ما إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها طرفاً في العقد أم لا، فصفة الأطراف المتعاقدة ليس لها أي تأثير في هذا الخصوص. ولا يوجد أي سبب يبرر عدم الأخذ بقاعدة استقلال الإرادة في مجال العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفاً فيها. فكما هو الشأن بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة الأشخاص الخاصة، فإن مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون وإجب التطبيق يظل هو المبدأ الرئيسي وإجب الاتباع؛ وإذا اختار الأطراف القانون الذي يحكم عقدهم، كان المحكومون ملزمين بهذا الاختيار. فالدولة ليست ملزمة عند دخولها في علاقة تعاقدية مع شخص خاص أجنبي بتطبيق قانونها الوطني، إنما تتمتع بحرية مساوية لتلك التي يتمتع بها الشخص الخاص في تحديد القانون وإجب التطبيق.

(١) انظر:

- EISEMANN (F.): la situation acutelle ... Op. Cit., P. 292;  
LEDUCQ (X.): Op. Cit., PP. 122 - 123, N° 178;  
LEBOULANGER (Ph.): Op. Cit., PP. 199 et SS, N° 365  
et SS, Spéc, P. 200 et 201, N° 269 et 370.; LALIVE  
(J.F.), Contrats entre Etats, ... Op. Cit., P. 41.

ولقد ذهب الأستاذ P.Lalive<sup>(١)</sup> في هذا الصدد قائلا: «لماذا يكون أحد الأطراف في العقد الدولي محروما بسبب كونه شخصا عاما من مكنة معترف بها عموما للأطراف الأخرى المتعاقدة. فكما أن للدولة أو الشخص العام السلطة في أن يلتزم بموجب العقد، يمكننا القول بأن الدولة الطرف في علاقة تجارية دولية يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الاتفاق على القانون واجب التطبيق. وإلا ستكون الدولة محرومة من الاستفادة من بعض العقود التي تقدر أنها مفيدة أو ضرورية لتنميتها الاقتصادية».

كما اعترفت اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ للدولة والأشخاص العامة عموما بالقدره على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذي تكون طرفا فيه. فقد نصت المادة (١/٤٢) من هذه الاتفاقية على أنه «تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف...». وبهذا تكون الاتفاقية قد قررت وبشكل صريح أن للدولة والأشخاص العامة القدره على اختيار القانون واجب التطبيق على التزاماتها التعاقدية، واضحة الدولة على قدم المساواة مع الأشخاص الخاصة.

(١) انظر:

LALIVE (P.): L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, colloque unidroit, Rome, 1977, P. 317, Spéc. PP. 325 - 326. «Pourquoi une partie à un contrat international serait, de par sa qualité étatique, privée d'une faculté qui est généralement reconnue aux autres contractants, de même qu'il a, et doit nécessairement avoir, le pouvoir de se lier par contrat ... de même, peut - on dire, L'État Partie à une relation de commerce international doit nécessairement pouvoir, lui aussi, convenir du droit applicable (faute de quoi, il serait singulièrement handicapé et se verrait, en fait, privé du bénéfice de certains contrats qu'il estime avantageux, ou nécessaires à son développement économique).

بيد أن الاتفاقية لم توضح إلى أى مدى يمكن للأطراف استخدام الحرية الممنوحة لهم. وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه (١) إلى أن استخدام النص لتعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» يعبر عن رغبة واضع الاتفاقية في الاعتراف للأطراف بالحرية الكاملة في تحديد القواعد واجبة التطبيق. بحيث يجوز لهم ليس فقط اختيار قانون دولة معينة، بل يجوز لهم أيضا اختيار القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في القوانين الوطنية.

في حين ذهب رأى في الفقه (٢) إلى أن النص قد تكلم عن ضرورة قضاء المحكمة وفقا «لقواعد القانون» والمراد هو القانون الوطنى الذى يتبناه أو يختاره الأطراف سواء أكان قانون الدولة الطرف فى المقدر أو أى قانون وطنى آخر.

كما أخذ بنفس الحل مجمع القانون الدولى عند تناوله لسأله القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية فى دور انعقاده بمدينة أثينا سنة ١٩٧٩. فقد نصت المادة الأولى من التوسيات التى أصدرها المجمع على أن: «تخضع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف...». وبهذا يكون مجمع القانون الدولى قد طبق مبدأ استقلال الإرادة المقرر فى مجال العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص العامة من ناحية والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى.

(١) انظر:

DELAUME (G.), Le centre ... Op. Cit., PP. 825 - 826;  
GOLDMAN (B.), Le droit applicable selon ... Op. Cit.,  
PP. 144 - 145; BETTEMS (D.), Op. Cit., PP. 75 - 76,  
N° 54.

(٢) انظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٩٩ - ١٩٥، بند

والى جانب ذلك، نصت المادة الثانية من هذه التوصيات على العديد من الحلول التي يجوز للأطراف الاختيار من بينها، وذلك بنصها على أنه «يجوز للأطراف أن يختاروا كقانون حاكم للمقد، إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، وإما المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية، وإما القانون الدولي أو خليطا من هذه المصادر القانونية» (١).

كما أن القضاء التحكيمى - إن جاز هنا التعبير - لم ينازع مطلقا أو يشكك في قدرة الأطراف في أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق على المقد. إن سلطة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على المقد كان ولا يزال معترفا بها من قبل المحكمين ليس فقط في مجال العقود البرمة بواسطة الأشخاص الخاصة (الأفراد أو الشركات أن الأشخاص الممنوعة)، بل أيضا في مجال العقود البرمة بين الدول والهيئات العامة من ناحية والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول (٢).

ففي قضية أرامكو ضد حكومة السعودية، أكدت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في ٢٢ أغسطس سنة ١٩٥٨ على أنه: «وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص فإن القانون واجب التطبيق على المقد ذي الطابع الدولي هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف. وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار، يطبق في المقام الثاني قانون الإرادة المفترضة» (٣).

(١) راجع التوصيات التي أصدرها الجمع في عام ١٩٧٩: A.I.D.I., 1979, P. 192

(٢) في نفس النتيجة انظر: GIULIANO (M.), Op. Cit., PP. 204 - 205.

(٣) راجع حكم تحكيم لوسكو: Rev. Crit., 1963, P. 313

حيث يذكر أن:

«Les principes de droit international privé à consulter pour déterminer la loi applicable sont ceux de l'autonomie de la volonté, en vertu desquels il faut, dans une convention ayant un caractère international, appliquer en premier lieu la loi expressément choisie par les parties, et en second lieu à défaut de choix, la loi présomptivement élue par elles».

وفي قضية سافير الدولية ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، فإن المحكم الوحيد، القاضي السويسري Cavin، قد أكد في حكمه الصادر في ١٥ مارس سنة ١٩٦٢ على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق في المسائل التعاقدية. ويعد أن اتضح له أن المقدم المبرم بين الطرفين لا يتضمن أى اختيار صريح للقانون واجب التطبيق. أكد المحكم أنه هو الذى سوف يتولى تحديد النظام القانوني واجب التطبيق الأكثر ملاءمة طبقاً للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف وخصوصاً تلك التي يتضمنها المقدم<sup>(١)</sup>.

وفي قضية تكاكو ضد الحكومة الليبية. فإن المحكم الوحيد، الأستاذ ديوبى، في الحكم الذى أصدره في هذه القضية في ١٩ يناير سنة ١٩٧٧، أجاب على التساؤل عما إذا كان للأطراف الحق في تعيين القانون أو النظام القانوني الذى يحكم عقدهم بقوله: «إن الإجابة على هذا التساؤل ليست محل شك، حيث أن كل الأنظمة القانونية، أيا كانت، تطبق مبدأ استقلال الإرادة في مجال العقود الدولية»<sup>(٢)</sup>.

وفي قضية ليامكو. أوضح المحكم الوحيد، الأستاذ محمىانى، في الحكم الذى أصدره في هذه القضية في ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧، «أن على

---

(١) راجع: A.S.D.I., 1962, P. 284. حيث يذكر الحكم:

«C'est la volonté, expresse ou implicite, des parties qui déterminera la loi applicable en matière contractuelle. en l'espèce, le contrat ne contient aucune élection de droit express. L'arbitre déterminera donc le système de droit applicable le plus adéquat d'après les indices de la volonté des parties et notamment les indices intrinsèques au contrat».

(٢) انظر الحكم منشور في: Clunet 1977, P. 353, N° 25 حيث يذكر أن:

«La réponse à cette première question ne fait aucune doute: tous les systèmes juridiques, quels qu'ils soient, appliquent le principe de l'autonomie de la volonté aux contrats internationaux».

محكمة التحكيم أن تسترشد بالمبادئ العامة المنظمة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. وطبقا لهذه المبادئ، فإن القانون واجب التطبيق على عقد ما هو القانون الذي اختاره الأطراف أو الذي يمكن افتراض أنهم أرادوا إخضاع العقد له<sup>(١)</sup>.

وفي قضية Elf-Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك)، أكد المحكم أن للأطراف في مجال العقود الدولية مصلحة مشروعة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وذلك بأن يدرجوا، على سبيل المثال، في العقد شرطًا سريعًا يقضى بتطبيق نظام قانوني معين<sup>(٢)</sup>.

نخلص مما تقدم أن للدولة والأشخاص العامة القدرة، شأنها في ذلك شأن الأشخاص الخاصة، على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفا فيه. وينسحب ذلك بالطبع على عقود البترول المبرمة بواسطة الدول المنتجة (أو أجهزتها) مع الشركات الخاصة الأجنبية. وبناء عليه يمكن القول بأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول هو القانون المختار بواسطة الأطراف في المقام الأول.

---

(١) انظر الحكم منشور في: Rev. Arb. 1980, P. 137. حيث يذكر أن:

«Le tribunal saisi doit se guider sur les principes généraux régissant les conflits de lois en droit international privé. Selon ces principes, la loi applicable à un contrat est celle à laquelle les parties ont voulu, ou peuvent à juste titre être présumées avoir voulu soumettre le contrat».

(٢) انظر الحكم منشور في: Rev. Arb. 1984, P. 409, N° 15 حيث يذكر أن:

«Dans les contrats internationaux les parties sont naturellement incitées et ont un intérêt raisonnable à choisir, par exemple en introduisant dans leur contrat une clause de choix explicite d'un système juridique, le droit par lequel leur contrat sera régi».

## المطلب الثاني

### مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة

تظهر الصعوبة في تحديد القانون واجب التطبيق على المقدم في الفرض الذي لا يوجد فيه أي اتفاق بين الأطراف في هذا السدد. فقد يحدث أن يأتي المقدم سامتا حول مسألة القانون واجب التطبيق. وقد يرجع ذلك لأسباب متنوعة: فقد يكون راجعا في بعض الأحيان إلى إهمال الأطراف، وقد يكون معزوا إلى جهل أو تجاهل المناوئين أحيانا أخرى. ولكن في معظم الأحيان، قد يكون مقصودا من قبل الأطراف، وذلك من أجل تفادي الدخول في مسألة خلافية *un sujet Friction* في لحظة قد يكون فيها الأطراف اتفقوا على كل الشروط الجوهرية للتعاقد، فالأطراف غالبا ما يهتمون بالمسائل الفنية والمالية في عقدهم. وقد لا يرغبون في تمرير إتمام تعاقدهم للفشل لسبب وحيد هو الخلاف حول القانون واجب التطبيق. ويفضلون تأجيل هذه المسألة إلى وقت آخر أو يكتفون بالإشارة، مثلا، إلى مبدأ حسن النية أو العدالة أو يخولون المحكمين القيام بهذه المهمة<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الفرض يشول التساؤل عن مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق وما إذا كان يتعين عليهم الاستعانة في ذلك بقاعدة تنازع قوانين معينة أم أن لهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون؟

بالإطلاع على الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والتشريعات الوطنية، يمكن أن نميز بين اتجاهين: اتجاه يلزم المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد التنازع، والآخر يعطى لهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون. كما أن دراسة أحكام التحكيم تكشف عن تنوع الطرق المستخدمة من قبل المحكمين في هذا الشأن.

(١) انظر:

LALIVE (J.): Contrats entre États .... Op. Cit., 50;

FOUCHARD, L'arbitrage commercial, .... Op. Cit., PP. 359

- 360, N° 541.

ونعرض فيما يلي لهذين الاتجاهين. ثم نعرض بعد ذلك للطرق المستخدمة بواسطة المحكمين.

**أولاً: تحديد القانون واجب التطبيق بواسطة قواعد تنازع القوانين:**

إذا كان من المتعين على المحكم تحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد تنازع القوانين، فإن السؤال الذى يثور هو ما هى قواعد تنازع القوانين التى يمكن للمحكم اللجوء إليها؟

يمكن القول بأن المحكم يستطيع أن يلجأ إلى نظام تنازع القوانين فى البوالة التى يحمل جنسيتها أو التى يوجد بها محل إقامته. وذلك بحجة أن هذا النظام يكون المحكم أكثر إلحاحاً به من غيره. كما أنه يعد النظام المختار ضمناً من قبل الأطراف. حيث أن اختيار الأطراف للمحكم معين يدل - بشكل غير مباشر - على رغبة هؤلاء فى تطبيق نظام تنازع القوانين فى دولة المحكم المختار.

غير أن هذا الحل يمكن أن يوجه إليه العديد من الانتقادات. منها أن هذا الحل قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يتبمسلة لموضوع النزاع. كما أن المحكم قد لا يكون مختاراً من قبل الأطراف. فقد يتم اختياره بواسطة الغير أو بواسطة المركز التحكيمى الذى يجرى التحكيم تحت رعايته. كما هو الحال فى حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم. زد على ذلك أن هذا الحل يتعذر الأخذ به عندما تكون محكمة التحكيم يجب أن تشكل من أكثر من محكم واحد. ويكون المحكمون من جنسيات مختلفة أو يقيمون فى بلدان مختلفة<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول كذلك بأن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع

---

(١) انظر:

LALIVE (P.), Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par L'arbitre international siégeant en suisse, rev. arb. 1979, P. 155, Spéc. P. 160.

وراجع كذلك: د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ١٥٩ - ١٥٥.



القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك. بيد أن هذا الحل من الصعب الأخذ به في مجال التحكيم الدولي ومعاملات التجارة الدولية حيث لا يكون للأطراف، في الغالب، جنسية مشتركة أو موطن مشترك. بحيث يمكن القول أن بقدور المحكم إعمال قواعد تنازع القوانين في دولة الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول أيضا بأن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع لو لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم. بيد أن هذا الحل يعاب عليه أنه يتعارض مع الهدف الذي وجد من أجله نظام التحكيم الدولي، وهو، بسفقه أساسية، تفادي الصعوبات المرتبطة بمشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي. كما أن هذا الحل، على فرض الأخذ به، يجعل المحكم يدور في حلقة مفرغة *Cercle vicieux*. لأن إعماله يقتضي من المحكم أن يحدد، مقدما، القضاء الوطني المختص الذي يجب تطبيق قواعد تنازع القوانين فيه لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد. وهذا بدوره يقتضي معرفة قواعد القانون الدولي الخاص الذي يجب عليه أن يحدد وفقا لها القضاء الوطني المختص<sup>(٢)</sup>.

كذلك يمكن القول بأن للمحكم اتباع قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره. بيد أن هذا الحل تعترضه العديد من الصعوبات العملية التي يضمن على المحكم حلها براءة. فكيف يمكن للمحكم أن يحدد مسبقا

(١) راجع:

LALIVE (P.), *Les règles de conflit ... Op. Cit.*, P. 161.

ونظر أيضا: د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٢) انظر:

LALIVE (P.): *Les règles de conflit ... Op. Cit.*, P. 161.

وراجع أيضا: د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٥٧ - ١٥٩، بند ٩٥.

على وجه اليقين، الدولة التي سيجرى تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها؟ وماهو الحل إذا كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في أكثر من دولة؟<sup>(١)</sup>.

وإلى جانب الحلول السابق ذكرها ذهب بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> إلى أنه يجب على المحكمين تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة مقر التحكيم.

وقد تبنى مجمع القانون الدولي هنا الحل في التوصية التي أصدرها في دور انعقاده بمدينة امستردام سنة ١٩٥٧. فقد نصت المادة (١١) منها على أن «قواعد الإسناد النافذة في الدولة مقر محكمة التحكيم هي التي يجب اتباعها لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع»<sup>(٣)</sup>.

بيد أن هذا الحل قد تعرض للنقد من جانب الفقه<sup>(٤)</sup>، ويتمثل

---

(١) انظر:

LALIVE (P.): Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 162.

وراجع أيضا د. ليونيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٥٩، بند ٩٩.

(٢) انظر:

SAUSER - HALL (G.), Op. Cit., 1952, PP. 571 - 572.

حيث يقول:

«Si les parties n'ont pas conclu d'accord au sujet du droit applicable, les règles de rattachement des lois de l'État du siège du tribunal arbitral seront appliquées par les arbitres pour résoudre les conflits de lois soulevés devant eux par les parties».

(٣) راجع: A.L.D., 1957, P. 479 et S. Spéc. P. 484. حيث يقول اتس:

بالفرنسية:

«Les règles de rattachement en vigueur dans l'État du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige».

(٤) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 366 et S. N° 547 et S.; LALIVE (P.): Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 170 et S.; ROBERT (J.): Op. Cit., 1983, P. 280; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 584; BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., PP. 581 - 582, N° 652; Lew (J.D.): Op. Cit., P. 158, N° 13.

الانتقاد الرئيسى فى أن الدولة مقر التحكيم قد لا يكون لها أدنى صلة بموضوع النزاع. فغالبا ما يحدد الأطراف مكان التحكيم فى بلد محايد أو يختار المحكمون هذا المكان فى بلد مناسب لهم بصرف النظر عن مدى ملائمته أو اتصاله بموضوع النزاع. كما أن مراكز التحكيم الدائمة، خصوصا ذات الطابع الدولى، غالبا ما تفصل فى منازعات لا صلة لها بالدولة التى يستقرون فيها. ففى كل هذه القروض، لا يكون للبلد مقر التحكيم أدنى صلة بموضوع النزاع. ومن ثم فإن قواعد القانون الدولى الخاص فى هذا البلد لا يكون لها أى سند جاد للتطبيق من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أن صاحب هذا الرأى - وهو الأستاذ سوزر هل - لم يضع هذا الحل الذى نادى به موضع التنفيذ فى الحكم الذى أصدره فى قضية أراسكو ضد السعودية. على نحو ما سنرى فيما بعد.

وإزاء الانتقادات التى وجهت إلى الحلول التى عرضنا لها، اتجه الرأى الغالب فى الفقه<sup>(١)</sup> إلى الاعتراف للمحكمين بالحرية فى اختيار قواعد

---

(١) راجع:

BATIFFOL (H.), L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb. 1957, P. 110 - 111.

حيث يقول:

«L'arbitre, ne rendant la justice au nom d'aucun État, n'est pas tenu de suivre les règles de conflits d'un pays plutôt que celles d'un autre».

LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 175 etSS; et L'État en tant qu partie ..., Op. Cit., P. 341, N° 44; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 378 etSS. N° 556 etSS; Van Houtte (H.), la loi applicable ... Op. Cit., P. 296, N° 10; HUYS (M.) et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 585 etSS, N° 802 etSS.

تنازع القوانين التي يستعان بها في تحديد القانون واجب التطبيق على المقد موضوع النزاع المعروض عليهم. فالمحكم غير ملزم باتباع قواعد تنازع القوانين في دولة معينة بدلا من تلك النافذة في دولة أخرى. ويرجع ذلك إلى أن المحكم يختلف عن القاضي الوطني. فبينما يكون القاضي الوطني مقيدا باتباع قواعد تنازع القوانين في قانونه الوطني، لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع المطروح عليه، فإن المحكم في مجال المعاملات الدولية الخاصة لا يصدر العدالة باسم دولة معينة، ولا يملك تحت تصرفه ما يسمى بقانون القاضي الذي يستند منه قواعد تنازع القوانين. ومن ثم يكون الحل الوحيد المنطقي هو أن يكون للمحكم الحرية في تبني قاعدة تنازع القوانين التي تبدو له أكثر ملاءمة، تبعا لظروف القضية.

وقد أخذت بهذا الحل الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المادة (١/٧) منها على أنه: «في حالة عدم وجود أي بيان من الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في القضية» (١).

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي الذي وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة ١٩٨٥. فقد نص في المادة (٢٨) منه على أنه: «٢- في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق في القضية». وكذلك أيضا قواعد التحكيم التي قررتها اللجنة

---

(١) وقد تمتد بعض تفسير قاعدة التنازع الملائمة في القضية، وذلك لأن قاعدة التنازع ليست سوى مجرد أداة فنية *un instrument technique* محايدة في ذاتها ولا يمكن وصفها بهذا الوصفه فالقواعد الموضوعية وحدها هي التي يمكن أن يكون لها هذه الصفة. ومن ثم يرى هؤلاء أن المقصود هو الاعتراف، بدون لف ودوران، للمحكم بالقدرة على الاختيار البشري للقانون الموضوعي. راجع:

FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage international en France ...*  
Op. Cit., P. 397 et S. N° 41 et S. et *L'arbitrage commercial* ..., Op. Cit., P. 384, N° 563.

المذكورة في سنة ١٩٧٦، فقد نصت المادة (١/٢٢) من هذه التواعد على أنه: «في حالة غياب أى بيان من قبل الأطراف حول القانون واجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم القانون الذى تعينه قاعدة تنازع القوانين التى ترى أنها واجبة التطبيق فى القضية».

ونفس الشيء بالنسبة لتواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس. فقد نصت المادة (٢/١٢) من هذه التواعد على أنه «فى حالة غياب أى بيان من قبل الأطراف بصدد القانون واجب التطبيق، يطبق المحكم القانون الذى تعينه قاعدة تنازع القوانين التى يراها ملائمة فى القضية» (١).

وأخيرا، حرمت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم فى هذا الخصوص. ويمكن أن نذكر من ذلك حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢١٢٠ فى سنة ١٩٨٠، ففى هذا الحكم، فإن المحكم الوحيد، والذي اتخذ من باريس مقرا له، بعد أن أثبت عدم وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق على المقعد، أكد أن من حقه تحديد هذا القانون، وذلك عن طريق إعمال قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملائمة وتطبيق القانون الذى تعينه هذه القاعدة (٢). وكذلك الأمر بالنسبة لحكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٨٨٦ فى سنة ١٩٧٧، ففى هذا الحكم، بعد أن أثبت المحكم عدم

---

(١) ويفضل جلب من الفقه استعمال تعبير «قاعدة للتنازع الملائمة» بدلا من تعبير «قاعدة للتنازع واجبة التطبيق» لأن هذا الاصطلاح الأخير يوحي بأن للحكم قانون اختصام يشتمل على قول له إسناد يتعين عليه تطبيقها، الأمر الذى يجانب الحقيقة، حيث لا توجد قول له إسناد يلتزم المحكم بتطبيقها. راجع: د. إيرليم لاند، التحكيم الدولى الخلقى، المرجع السابق، ص ١٧٠ - ١٧١.

(٢) راجع:

وجود اتفاق بين الأطراف فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أكد على أنه غير ملزم بقواعد التنازع الوطنية. وإنما يطبق قواعد التنازع التي يقدر أنها ملائمة<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق بدون الاستعانة بقواعد تنازع القوانين:**

منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين.

ويمكن أن نذكر في هذا الصدد القانون الفرنسي للتحكيم الدولي. فقد نصت المادة (١/١٤٩٦) منه على أن «يفصل المحكم في النزاع، في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف، وفقاً لقواعد القانون التي يقدر أنها ملائمة». وكما هو واضح من النص، أعطى الشرع الفرنسي للمحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون أن يلزمه في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 2886 en 1977, Clunet 1978, P. 996 etSS. Obs. Y. Derains.

ويمكن أن نذكر في نفس الاتجاه أيضاً:

Sentence rendue dans l'affaire N° 1512 en 1971, Clunet 1974, P. 904 etSS. Obs. Y. Derains.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage international en France ... Op. Cit., P. 397 etSS. N° 41 etSS.; LEVEL (P.), La procédure arbitrale, Op. Cit., P. 75; GOLDMAN (B.), La volonté des parties ... Op. Cit., P. 482; ROBERT (J.), Op. Cit., 1993, P. 267, N° 300; BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 592, N° 661; LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres ... Op. Cit., PP. 339 - 340, N° 83.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون السويسرى للتحكيم الدولى الخاص. حيث نصت المادة (١/١٨٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون التى ترتبط بالقضية بصلوات أكثر وثاقه. وذلك فى حالة غياب القواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف». ويستفاد من هذا النص أن المشرع السويسرى لم يلزم محكمة التحكيم بتطبيق القانون الدولى الخاص السويسرى لتحديد القانون واجب التطبيق، بل ترك لها مهمة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق دون أن يضع أية قيود على حريتها سوى أن تكون هذه القواعد لها صلات وثيقة بموضوع النزاع. كما يلاحظ أن المشرع قد استخدم تعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» وبالتالي يمكن القول بأن المحكم ليس ملزما بتطبيق قانون وطنى معين<sup>(١)</sup>.

وقد أخذ بنفس الحل القانون الجزائرى للتحكيم. فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ من هذا القانون على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع. فى حالة غياب القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف. طبقا لقواعد القانون والمبادئ التى تقدر أنها ملائمة». وكما هو واضح من النص، لقد أعطى المشرع الجزائرى للمحكمين الحق فى أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم فى ذلك بالجوء إلى قواعد تنازع القوانين. كما أنه لم يقيد من سلطة المحكمين بالقيود الوارد فى القانون السويسرى الذى يفرض على المحكمين الفصل فى النزاع طبقا لقواعد القانون الأكثر إتصالا بالنزاع<sup>(٢)</sup>.

كما أخذ بنفس الحل القانون الإيرلندى للتحكيم، فقد نصت المادة ٢/١٠٥٤ من هذا القانون على أنه فى حالة عدم إختيار الأطراف

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

LALIVE (P.), Poudret (J.F.) et REYMOND (C.), Op. Cit., P. 388 et SS.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

ISSAD (M.), Le décret ... Op. Cit., PP. 391 - 392.

للقانون واجب التطبيق «تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي ترى أنها ملائمة في القضية».

وأخيرا، لقد أخذ بنفس الحل القانون المصري الحالي للتحكيم، فقد نصت المادة (٢/٢٩) من هذا القانون على أنه «وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع». فكما هو واضح من النص، لقد أعطى الشرع للمحكمين السلطة في أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين التي يتحدد على هديها القانون واجب التطبيق. ومع ذلك ليس هناك ما يمنح المحكمين من اللجوء إلى هذه القواعد. كما أن الشرع لم يفرض أية قيود على حرية المحكمين في تحديد هذا القانون سوى أن يكون الأكثر اتصالا بالنزاع. ومن الجدير بالملاحظة أن هذا النص يتميز عن النصوص السابق ذكرها في أنه قد استخدم تعبير «القانون» بدلا من تعبير «قواعد القانون» مما يفيد أن سلطة المحكمين تقتصر على تطبيق قانون وطني معين<sup>(١)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه، أن بعض قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية قد سارت على نفس النهج. ويمكن أن نذكر في هذا الصدد، قواعد التحكيم النارية لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، فقد نصت المادة (١/٢٩) منها على أنه «في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف، تطبق محكمة التحكيم للقانون أو القوانين التي ترى أنها ملائمة». وكما يتضح من هذا النص، أعطت هذه القواعد للمحكمين سلطة تحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، دون أن تلزمهم باللجوء إلى نظام تنازع قوانين معين.

---

(١) راجع في نفس المعنى مع المزيد من التفصيل: د. مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص ١٢٨ ومليهما، بند ٨٦ ومليهما.



ويلاحظ أن النص قد استخدم تعبير «القانون أو القوانين» ومن ثم يمكن القول بأن هذه القواعد تسمح للمحكّين بتطبيق عدة قوانين على الأوجه المختلفة للنزاع، كما تسمح لهم أيضا بتطبيق ما يسمى بقانون التجارة الدولية. ومن هذه الزاوية، تختلف هذه القواعد عن قواعد التحكيم الأخرى وبصفة خاصة تلك الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦، حيث أن هذه الأخيرة قد ألزمت محكمة التحكيم بتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وفقا لقاعدة التنازع التي ترى أنها واجبة التطبيق في القضية، هنا بالإضافة إلى أنها قد استخدمت تعبير «القانون» مما يفيد اقتصار سلطة المحكّمين على تطبيق قانون وطني معين<sup>(١)</sup>.

ثالثا: الطرق المستخدمة بواسطة المحكّمين في تحديد القانون واجب التطبيق:

تكشف دراسة العديد من أحكام التحكيم عن أن المحكّمين يتبعون إحدى طرق ثلاث هي: ١- التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق. ٢- التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المعنية. ٣- اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

ونبين فيما يلي هذه الطرق الثلاث على نحو موجز:

الطريقة الأولى: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق:

وفقا لهذه الطريقة، يحدد المحكم مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، دون أن يبحث عن قاعدة تنازع القوانين التي يتحدد بمقتضاها هذا القانون. وفي سبيل ذلك، يقوم المحكم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية ويطبق القانون الأكثر صلة بالمقد من غيره، أي القانون المناسب للعقد.

وبعبارة أخرى، فإن المحكم لا يهتم بالاستناد إلى نظام تنازع

(١) انظر:

قوانين معين وإنما يقرر مباشرة خضوع العقد لقانون هذه الدولة أو تلك، أخذنا في الاعتبار طبيعة العقد والظروف المحيطة به<sup>(١)</sup>.

ومن أحكام التحكيم التي أثبت هذا المبدأ يمكن أن نذكر الحكم الصادر في القضية رقم ١٧١٧ في سنة ١٩٧٢<sup>(٢)</sup> ففي هذه القضية، قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني وذلك باعتباره النظام القانوني الأكثر صلة بالمقد. حيث أن المقد كان قد أبرم في طهران، والبضائع موضوع العقد كان من الواجب تسليمها في إيران، كما أن المدعى كان مقيماً في طهران، وهكذا، فإن المحكم قد حدد مباشرة القانون واجب التطبيق على المقد دون أن يلجأ إلى نظام وطني لتنازع القوانين.

ومن أحكام التحكيم المعبرة في هذا الخصوص، الحكم الصادر في القضية رقم ٢٨٨٠ في سنة ١٩٨٢. ففي هذه القضية، قررت محكمة التحكيم، والتي اتخذت من مدينة Bale بسويسرا مقراً لها، تطبيق القانون البلجيكي. وأوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون الدولي الخاص واجبة الاتباع لتعيين القانون واجب التطبيق على المقد موضوع النزاع، بل يكفي إثبات أن كل عناصر المقد: مقر كل من البائع

---

(١) راجع في ذلك:

DERAINS (J.), Détermination de la lex contractus, les Dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 1986, P. 14, N° 9؛ L'ordre public et le droit applicable au Fond du litige dans L'arbitrage international, Rev. Arb., 1986, P. 382, N° 12; LALIVE (P.), Les règles de conflit — Op. Cit., P. 181; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial —, Op. Cit., P. 386, N° 567; BOISSESON (M.), Le droit Français — Op. Cit., P. 600 et SS, N° 670; GAILLARD (E.), Arbitrage —, Op. Cit., J.C.L. Dr. int. fase 586-9-1, N° 113.

(٢) انظر الحكم منشور في:

Cunet, 1974, P. 890 et S. Obs. Y. Derains.

والمشترى. ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان إبرامه تقع في بلجيكا<sup>(١)</sup>.

**الطريقة الثانية: التطبيق الجامع L'application cumulative لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع:**

وطبقا لهذه الطريقة، يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المطروح أمامه. فإذا ما أجمعت هذه القواعد على قانون داخلي معين، فإنه يقرر تطبيق هذا القانون<sup>(٢)</sup>.

وتحقق هذه الطريقة ميزة مزدوجة، فمن ناحية تؤدي إلى تطبيق قانون متصرف باختصاصه دوليا، حتى وإن كان هذا الاعتراف محدودا من

---

(١) انظر الحكم مشهور في:

Clunet 1983, PP. 897 - 898. Obs. Y. Derains.

ونظر أيضا:

Sentence rendue dans l'affaire N° 3130, 1989, Clunet 1981, P. 931 etS. Obs. Y. Derains.

وقد طبق المحكم القانون الفرنسي على العقد دون أن يشين في ذلك بقواعد تنازع القوانين التابعة لنظام قانوني معين. ونظر:

Sentence rendue dans l'affaire N° 4132 en 1983, Clunet 1983, P. 891 etS. Obs. Y. Derains.

وفي هذه القضية، طبق المحكم القانون الكوري على أساس أن العقد كان ينفذ في الجيب الأكبر منه في كوريا. ولم يتم المحكم بتحديد نظام تنازع القوانين لتحديد القانون ولجب التطبيق.

(٢) انظر:

DERAINS (Y.), L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige. Rev. Arb. 1972, P. 99 etSS., Spéc. P. 103.; Détermination de la lex contractus, Op. Cit., P. 14, N° 9; L'ordre public ... Op. Cit., PP. 381 - 382, N° 12; LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 180; GAILLARD (E.), Arbitrage ... J.C.L. Dr. int. fasc 586-9-1, N° 128; BOISSESON (M.) Le droit Français ... Op. Cit., P. 603, N° 671.

الناحية الجغرافية. ومن ناحية أخرى فإنها تؤدي إلى التواء كل من الطرفين عند حكم لا يمكن أن يوصف بالحكم Arbitraire فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع<sup>(١)</sup>. ومن ثم يمكن القول بأن الأخذ بهذه الطريقة يلبي الرغبة الشروعة للأطراف L'attente légitime des Parties أو بمعنى آخر لا يخل بتوقعات الأطراف. وذلك لأنه عندما تلتقى قواعد تنازع القوانين في الأنظمة القانونية المرتبطة بالمقد موضوع النزاع عند تطبيق قانون واحد، فمن غير الممكن أن يدعى الأطراف بأن المحكم قد أخل بتوقعاتهم بتطبيقه لهذا القانون<sup>(٢)</sup>.

ويقتضى استخدام طريقة التطبيق الجامع أن يقوم المحكم مقدما بتحديد أنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع. ويكشف الواقع الملى عن وجود اتجاهين بين المحكمين في هذا الخصوص: الأول ويقتصر فيه المحكمون على التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في البلدان التي لها صلة بالمقد موضوع النزاع، دون الأخذ في الاعتبار قواعد تنازع القوانين النافذة في البلد مقر التحكيم. والثاني حيث يرى المحكمون ضرورة وجود تطابق بين قواعد تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بالنزاع وتلك السارية في البلد مقر التحكيم<sup>(٣)</sup>.

ومن أحكام التحكيم التي أخذت بالاتجاه الأول، يمكن أن نذكر الحكم الصادر في التسمية رقم ١١٨ هـ في عام ١٩٨٦، في النزاع الذي ثار بين شركة إيطالية وشركتين تونسيين عامتين<sup>(٤)</sup>. ففي هذه القضية، كان

(١) راجع:

DERAINS (Y.), L'application cumulative ..., Op. Cit.; P. 104.

(٢) راجع:

GAILLARD (E.), Arbitrage ... J.C.L. Dr. int. fasc 586-9-1, N° 128.

(٣) انظر:

DERAINS (Y.), L'application cumulative ... Op. Cit. P. 104 etSS.

(٤) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 5118 en 1986, Clunet. 1987, P. 1027 etS.

الطرفان من جنسية إيطالية وتونسية، وكان العقد موقعا في تونس، وتسليم  
المضامع يتم في جميع الأحوال في تونس. إذن من الواضح أن موضوع  
النزاع كان له ضوابط إسناد مع بلدين فقط هما إيطاليا وتونس. ولقد  
فحصت محكمة التحكيم، والتي اتخذت من باريس مقرا لها، قاعدة الإسناد  
التونسية ووجدت أنها تؤدي إلى تطبيق القانون التونسي. ثم فحصت كذلك  
قاعدة الإسناد الإيطالية فوجدت أنها تؤدي إلى نفس النتيجة، حيث أنها  
تنس على تطبيق قانون البائع وقانون مكان إبرام العقد. وهكذا أعلنت  
محكمة التحكيم، في بحثها عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع،  
قاعدة الإسناد في كل من البلدين المرتبطين بموضوع النزاع دون أن تشير  
في هذا الصدد إلى ما تقتضيه قواعد الإسناد في البلد مقر التحكيم، أي  
قواعد الإسناد الفرنسية في هذه القضية.

ومن الأحكام التي أخذت بهذا الاتجاه، يمكن أن نذكر أيضا حكم  
التحكيم الصادر في القضية رقم ٤٤٣٤ في عام ١٩٨٢، في النزاع الذي ثار  
بين شركة بلجيكية وشركتين فرنسيين<sup>(١)</sup>. ففي هذه القضية أكد المحكم  
الوحيد، والذي اتخذ من لوزان بسويسرا مقرا له، على أن «قواعد القانون  
الدولي الخاص المعنية هي قواعد القانون الفرنسي، وكذلك قواعد القانون  
البلجيكي. وذلك باعتبار أن موضوع النزاع ليس له أية ضوابط إسناد أخرى  
سوى هذين النظامين القانونيين». وقد استبعد المحكم، في هذه القضية،  
الأخذ في الاعتبار قواعد الإسناد النافذة في قانون الدولة مقر التحكيم.

وإلى جانب الاتجاه المتقدم، فإن البعض الآخر من المحكمين يأخذوا  
بالاتجاه الثاني والذي يتمثل في تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين في  
الدولة مقر التحكيم جنبا إلى جنب مع قواعد تنازع القوانين في الدول  
المرتبطة بموضوع النزاع. ويمكن أن نذكر في هذا الخصوص، حكم التحكيم  
الصادر في القضية رقم ٢٧٢٠ في عام ١٩٨٢، في النزاع الذي ثار بين

---

(١) راجع التحكم منشور في: Clunet 1983, P. 893, obs. Y. Derains.

شركتين يوغسلافيتين، وشركتين إحداهما سويسرية والأخرى هولندية<sup>(١)</sup>.  
قد أُنضحت محكمة التحكيم، والتي اتخذت من باريس مقرا لها،  
أن قواعد القانون الدولي الخاص السويسرية واليوغسلافية والفرنسية  
تأخذ بمعايير متشابهة في البحث عن القانون واجب التطبيق على  
الالتزامات التعاقدية. حيث تأخذ جميعها بضابط الأداء المتميز  
la prestation caractéristique في العقد، ثم تسنده إلى قانون الدولة  
التي يرتبط بها هذا الضابط برابطة وثيقة أو على حد تعبير المحكمة  
الفيدرالية السويسرية قانون البلد الذي يتوطن بها مركز الثقل في العقد.

وأول ما يمكن أن نلاحظه على هذا الحكم أن محكمة التحكيم في  
أخذها بطريقة التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع لم  
تتمسك على استشارة نظم تنازع القوانين في الدول التي ينتمي إليها أطراف  
النزاع، بل استشار أيضا قواعد تنازع القوانين الفرنسية باعتبار أن فرنسا  
هي البلد مقر التحكيم.

ويمكن أن نذكر في هذا الاتجاه أيضا حكم التحكيم الصادر في  
القضية رقم ١٢٢٠ في عام ١٩٧٨<sup>(٢)</sup>، في النزاع الذي ثار بين شركة تحمل  
جنسية جنوب أفريقيا من ناحية وشركة ألمانية من ناحية أخرى. فبعد أن  
أكدت محكمة التحكيم - والتي اتخذت من باريس مقرا لها - على أنه،  
بالتطبيق للامتناع غرفة التجارة الدولية، ليس من الضروري تحديد القانون  
واجب التطبيق وفقا لأحد أنظمة تنازع القوانين الوطنية وبصفة خاصة  
وفقا للأنظمة المرتبطة بالقضية الحالية، وهي نظام تنازع القوانين لدولة  
ألمانيا وجنوب أفريقيا وفرنسا، أضافت أن هذه الأنظمة الثلاثة لا تختلف  
فيها بينها فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد. فهذه

(١) رابع؛

• Sentence rendue dans l'affaire N° 2730 en 1982, Clunet  
1984, P. 914 et S. obs. Y. Derains.

Clunet 1979, P. 1000 et S.

(٢) انظر الحكم.

الأنظمة تعترف من حيث البدء بحرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق. وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو واضح لهذا القانون تقضى بأن القانون واجب التطبيق هو قانون البلد التي يتوكلن بها المقعد من الناحية الموضوعية أو البلد التي يقع على إقليمها مركز الثقل في المقعد».

وهكذا نجد في هذه القضية أن محكمة التحكيم لم تقتصر. عندما أخذت بطريقة التطبيق الجامع. على قواعد تنازع القوانين في البلدان التي لها صلة بموضوع النزاع. بل أشارت أيضا إلى قواعد الإسناد في الدولة مقر التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان المحكمون يتبعون طريق التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع بفرض أثبات أن القانون. الذي أعلنوا تطبيقه باعتباره قانونا مناسباً ليحكم العلاقات التعاقدية للأطراف. معترفا باختصاصه من قبل مجموع الأنظمة القانونية المرتبطة بالنزاع، بيد أنه في بعض الأحيان. قد يستخدم المحكمون هذه الطريقة حتى وإن لم يترتب عليها تطبيق قانون داخلي واحد. وذلك من أجل اختيار قاعدة تنازع القوانين الملزمة في القضية من بين قواعد تنازع القوانين المرتبطة بموضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن نذكر في هذا الاتجاه حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ٤٩٩٦ في سنة ١٩٨٥. في النزاع الذي ثار بين شركة إيطالية وأحد فروعها في فرنسا<sup>(٢)</sup>. قضى هذه القضية لاحظت محكمة التحكيم - التي

(١) انظر:

DERAINS (Y.), Observation Sous la sentence rendue dans l'affaire N° 4434 en 1983, Clunet 1983, P. 894 etS.; et la sentence rendue dans l'affaire N° 4996 en 1985, Clunet 1986, P. 1134 etSS.

وفي نفس المعنى انظر:

BOISSESON (M.), Le droit Français ..., Op. Cit., PP. 604

- 605.

Clunet, 1985, P. 1131 etS.

(٢) راجع الحكم منشور في

اتخذت من لوزان بسويسرا مقرا لها - أن العقد قد أبرم في إيطاليا وبلغة إيطالية وكان يتضمن شرطا يعلى الإختصاص للمحاكم الإيطالية بصفة احتياطية. كما لاحظت أن العقد كان ينفذ بالكامل في فرنسا. في ظل هذه الظروف، تساءلت المحكمة عن قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملاءمة والتي يتحدد وفقا لها القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، وما إذا كانت قاعدة تنازع القوانين الإيطالية لم الفرنسية.

وأمام الحجب القائمة لصالح تطبيق كل من القانون الدولي الخاص الإيطالي والقانون الدولي الخاص الفرنسي على حد سواء، بحثت المحكمة مسألة ما إذا كان التطبيق الجامع للقانون الدولي الخاص الإيطالي والفرنسي يؤدي إلى تطبيق قانون داخلي واحد. بيد أنه قد ثبت للمحكمة أن تطبيق القانون الدولي الخاص الإيطالي من ناحية، والقانون الدولي الخاص الفرنسي من ناحية أخرى، لا يؤدي إلى تطبيق قانون واحد، حيث أن أعمال قواعد القانون الدولي الخاص الإيطالي سوف يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة محل إبرام العقد، أي القانون الإيطالي. بينما يؤدي أعمال قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي إلى تطبيق قانون الدولة محل التنفيذ، أي القانون الفرنسي. ومن ثم اتضح أمام المحكمة ضرورة اختيار قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة في القضية من بين قواعد التنازع المرتبطة بموضوع النزاع، وهي قاعدة التنازع الإيطالية وقاعدة التنازع الفرنسية. وانتهت محكمة التحكيم إلى أن قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة في القضية هي تلك التي تسند العقد إلى قانون الدولة محل تنفيذ العقد ومحل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المتميز، أي القانون الفرنسي.

وهكذا نجد أن المحكمين، في هذه القضية، قد فحصوا قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع (وهما إيطاليا وفرنسا)، وذلك من أجل اختيار قاعدة الإسناد الأكثر ملاءمة في القضية<sup>(١)</sup>.

---

(١) ومن الأحكام التي أخذت بنفس الحل راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 4438 en 1983, Clunet  
1983, P. 893 et SS. obs. Y. Derains.



وأخيراً، قد يستخدم المحكمون طريقة التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع من أجل تعزيز اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق<sup>(١)</sup>، ويمكن أن نذكر في هذا الخصوص حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٢٨ في سنة ١٩٧٥، في النزاع الذي ثار بين شركة فرنسية وأخرى أسبانية<sup>(٢)</sup>، ففي هذا الحكم، بعد أن أثبتت محكمة التحكيم وجود اتفاق بين الطرفين فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، حيث أن كلا منهما يرى أن القانون الأسباني هو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أبانت المحكمة «أن هذا الحل يمكن أن يستمد من هذا النظام أو ذاك من أنظمة تنازع القوانين التي يمكن اعمالها في القضية، ألا وهو نظام تنازع القوانين الأسباني أو الفرنسي أو السويسري».

**الطريقة الثالثة: اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص:**

وطبقاً لهذه الطريقة، يلجأ المحكم في بحثه عن القانون واجب التطبيق على المقدم موضوع النزاع، ليس إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين (مثل قواعد تنازع القوانين النافذة في الدولة مقر التحكيم أو إحدى الدول المرتبطة بالنزاع)، وإنما إلى قاعدة تنازع القوانين التي تخطى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر:

BOISSESON (M.), *Le droit Français ... Op. Cit.*, P. 603, N° 671.

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire N° 2438 en 1975, *Cunet* 1976, P. 969 et S. Obs. Y. Derains.

ويلاحظ أن هذا الحكم يندرج ضمن طائفة الأحكام التي تأخذ في الاعتبار قواعد التنازع النافذة في البلد مقر التحكيم إلى جانب قواعد التنازع في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع.

(٣) راجع:

DERAINS (Y.), *L'ordre public et ... Op. Cit.*, P. 382 et Détermination de la lex ... *Op. Cit.*, P. 14.

وبعبارة أخرى، قاعدة تنازع القوانين المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولي الخاص في مختلف بلدان العالم.

ومن أحكام التحكيم التي يمكن أن نذكرها في هذا الصدد، الحكم الصادر في القضية رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ (١). ففي هذا الحكم أكدت محكمة التحكيم أن «مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص التي يمكن تطبيقها تؤدي - في هذه القضية - إلى نفس النتيجة، حيث يوجد اتفاق بشأن مسألة القانون وإلزام التطبيق على المقود بين مختلف الأنظمة الرئيسية لتنازع القوانين في العالم. ففي مسائل المقود، من الممكن الحديث عن قانون دولي خاص مشترك أو عالمي، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعركة القانون الذي يحكم المقد في حالة الاختيار السريع من جانب الأطراف ... حيث يوجد مبدأ مسلم به عالمياً في القانون الدولي الخاص مفاده أن القانون الذي يحكم المقد هو ذلك المختار بواسطة الأطراف، مراعاة أو ضمناً.

إن ما يمكن أن نلاحظه من اختلافات، في هذا الصدد، بين الأنظمة الوطنية المختلفة تتعلق فقط بالقيود المفروضة على حرية الأطراف في الاختيار وليس بالمبدأ ذاته. ففي المسائل التعاقدية، فإن نظرية القانون المناسب معترف بها كقاعدة لتنازع القوانين في إنجلترا، وكذلك في أنظمة القانون الدولي الخاص المشابهة (كما هو الحال في باكستان والهند). وكذلك الأمر في نظام تنازع القوانين السويسري».

وهكذا نجد أن المحكم، في هذا الحكم، لم يستند إلى قاعدة تنازع في القانون الدولي الخاص لبلد معين، بل استند إلى المبادئ العامة في

---

- حيث يرى أنه وفقاً لهذه الطريقة فإن المحكم :

L'arbitre se réfère à une règle de conflit de lois qui fait l'objet d'un large consensus au plan international.

وربما في هذه الطريقة أيضاً:

LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 181;

GAillard (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J.C.L., Dr. Int. fasc

586-9-1, N° 129 etS.

(١) انظر الحكم منشور في:

Clunet, 1974, P. 904 etSS., PP. 907 - 908.

القانون الدولي الخاص. مؤكدا على أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد - سراحة أو ضمنا - تعد مبدأ مسلما به عالميا في مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص. كما أضاف المحكم أن قاعدة القانون المناسب للعقد تعتبر قاعدة تنازع قوانين مسلما بها من قبل أنظمة تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع، أي التي ينتسب إليها الطرفان وهي الهند وباكستان. وكذلك أيضا نظام تنازع القوانين في البلد مقر التحكيم، أي نظام تنازع القوانين في سويسرا<sup>(١)</sup>.

وفي نفس الاتجاه يمكن أن نذكر أيضا، حكم التحكيم الصادر في جنيف في القضية رقم ١٤٢٤ في سنة ١٩٧٥. ففي هذا الحكم، قدرت محكمة التحكيم أنه على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع، إلا أنه يجب عليها فحص الأساس السليم لتطبيق هذا القانون في ضوء المبادئ المعترف بها عموما في مسائل تنازع القوانين. وذلك بقولها «تشرشد محكمة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق ... بالمبادئ المعترف بها عموما في تنازع القوانين، والتي تتفق بكل وضوح مع قواعد القانون الدولي الخاص النافذة سواء في جنيف بسويسرا، باعتبارها البلد مقر التحكيم، أو في البلدان الأخرى التي لها صلة بالقضية الحالية»<sup>(٢)</sup>.

وهكذا نجد أن محكمة التحكيم لم تستند في تبرير اختيار الأطراف إلى قاعدة إسناد في القانون الدولي الخاص لبلد معين، بل إستندت إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص. وفي سبيل تأكيد المحكمة على الصالح العام لقاعدة التنازع التي أخذت بها أشارت إلى اتفاق أنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع في الأخذ بهذه القاعدة. ومن ثم يكون هذا الحكم قد أخذ في أن واحد بطريقتين: اللجوء إلى المبادئ العامة في

(١) راجع ملاحظات الاستاذ Y.DERAINS على هذا الحكم: نفس المرجع المذكور أعلاه.

ص ٩٠٩ ومبينا، خصوصا ص ٩١١.

(٢) راجع الحكم منشور في: Clunet 1976, P. 978 et S. Spéc. P. 980.

القانون الدولي الخاص، والتطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع، بيد أن اللجوء إلى الطريقة الثانية لم يكن له سوى دور ثانوى فاطابع العام لقاعدة التنازع التى لجأ إليها المحكمون يعد فى ذاته مبررا كافيا لتطبيقها، وإن اللجوء إلى الطريقة الثانية كان من أجل اثبات أن كل أنظمة التنازع تتفق فى الأخذ بهذا الحل<sup>(١)</sup>.

بيد أنه من الصعب اللجوء إلى هذه الطريقة فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف نظرا للاختلافات الميعة بين أنظمة القانون الدولي الخاص فى الحلول التى تنص عليها فى مثل هذا الفرض<sup>(٢)</sup>.

محمل القول أن المحكم هو الذى يتولى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك فى حالة غياب قانون الإرادة. وفى سبيل تحديده لهذا القانون، إما أن يسلك طريقة التحديد المباشرة، فيطبق القانون الذى يرتبط به المقد برابطة أكثر وثاقة، وإما أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين، ويطبق القانون الذى تعينه قواعد التنازع فى الأنظمة المرتبطة بموضوع النزاع.

وبطبيعة الحال، ليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذه الحلول لتحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول بيد أن المشكلة تكمن فى أن هذه الحلول مستغنى إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، الأمر الذى يجب قلنا للشركات الأجنبية، والفقهاء المناصر لها، وهو ما سنراه فى الصفحات التالية.

---

(١) راجع ملاحظات الأستاذ Y.DERAINS على هذا الحكم، المرجع المذكور أعلاه، ص ٩٨٦ وما بعدها، خصوصا ص ٩٨٥.

(٢) انظر:

GAILLARD (E.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, Dr. int., fasc. 586-9-1, N° 130.

## المبحث الثاني

### الحلول الفقهية المقترحة بشأن القانون

#### واجب التطبيق على عقود البترول

أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على العقود البرمة بواسطة الدولة أو أحد الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، خلافاً فقهاً حاداً. ويمكن في هذا الصدد التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول وينادي بتولين هذه العقود وذلك بإخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة، والاتجاه الثاني وينادي بتحويل هذه العقود وذلك بإخضاعها للقانون الدولي العام، والثالث وينادي بعدم تولين هذه العقود وإخضاعها لنظام قانوني ثالث.

وعلى الرغم من الاختلاف بين أنصار الاتجاه الثاني والثالث، إلا أنه يجمعهم هدف مشترك وهو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من أجل حماية الشركات الأجنبية، إذ أن خضوع العقد لقانون هذه الدولة يمكنها من تعديل العقد بما يحقق مصالحها ويضر بالطرف الأجنبي. وهو ما أفصح عنه أحد المناصرين لتحويل هذه العقود بقوله «إن خضوع العقد للقانون الوطني في الدولة المتعاقدة يعرض الطرف الأجنبي لمخاطر جسيمة منها قيام الدولة المتعاقدة بإحداث التعديلات الدستورية أو التشريعية التي تجعل من الأساس بالعقد أمراً مشروعاً بالنظر إلى قانونها الوطني»<sup>(١)</sup>.

ونعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات الثلاثة كل في مطلب مستقل.

#### المطلب الأول

##### إخضاع عقود البترول لقانون الدولة المتعاقدة

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع عقود البترول للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، واستندوا في ذلك إلى عدة حجج هي: ١ - فكرة

(١) انظر:

المقد الإداري. ٢ - قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة. ٣ - وجود  
قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. ونعرض فيما يلي لهذه الحجج  
تبعاً.

### أولاً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستناداً إلى فكرة العقد الإداري:

يرى جائب من الفقه (١) إخضاع عقود البترول لقانون الدولة  
المتعاقدة باعتبارها عقوداً إدارية. واستندوا في ذلك إلى ما يلي:

١ - إن أحد أطراف عقود البترول - وبصفة خاصة في الشرق  
الأوسط - شخص من أشخاص القانون العام.

٢ - إن عقد البترول يتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عام. ويتأكد  
مطابق المرفق العام في استغلال الثروة البترولية من عدة قرائن مستمدة من  
العقد ذاته، حيث يشترط موافقة الدولة على المشروع البترولي وإجازتها له  
مسبقاً، هذا فضلاً عن خضوعه لمراقبة ثابتة من الدولة، ومراجعة حساباته  
من قبلها، وتتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة. وإعفائه من الضرائب  
والرسوم وغير ذلك من سمات المرفق العام.

٣ - إن عقود البترول تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية غير

(١) انظر:

EL-SAYED (M.), L'organisation des payes exportateurs  
de pétrole, Paris. L.G.D.J., 1967, P. 79; BOGUSLAVSKY,  
L'État en tant que partie à des contrats de concession  
ou d'investissement conclus avec des sociétés privées  
étrangères, colloque unidroit à Rome, 1976, P. 313.  
MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 54 - 55 et P. 98;  
BENCHIKH (M.), Op. Cit., P. 86 et ss.

ونظر أيضاً: نبيل أحمد سعيد، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كمقد إداري،  
بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الخامس والذي عقد بالقاهرة في مارس عام  
١٩٦٥، محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠.

المألوفة في مجالات القانون الخاص. ويمكن أن نذكر من ذلك بعض مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الشركة المتعاقدة مثل: حقها في شغل الأراضي، واستخدام عمال أجانب، وإقامة السكك الحديدية والموانئ وغيرها من وسائل المواصلات، هذا فضلا عن حقها في التمتع بالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية. كما تتضمن عقود البترول بعضا من الشروط الاستثنائية التي تخول جهة الإدارة امتيازات لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد معها، ومن ذلك حق الإدارة في التنفيس على نشاط الشركة المتعاقدة وفحص دفاترها وسجلاتها، وحقها في فسخ العقد في حالات معينة، وحظر التنازل عن هذا العقد إلا بموافقة الحكومة<sup>(١)</sup>.

ويرى بعض أصحاب هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup> أنه من المتصرف به في كل النظم القانونية الغربية أن عقود الامتياز البترولية تعد عقودا إدارية أو من قبيل عقود الدولة State contracts في الدول التي تأخذ بالنظام الانجلوسكسوني وهو اصطلاح يقابل اصطلاح العقود الإدارية المعروف في فرنسا. كما أن عقود الامتياز البترولية الممنوحة وفقا لقانون البترول الصحراوي الصادر في ٢٢ نوفمبر لسنة ١٩٥٨ تعد عقودا إدارية. حيث نص هذا القانون في المادة ٤١ منه على أن أي نزاع يثور بين حامل الامتياز ومانح الامتياز يخضع في المقام الأول والأخير لمجلس الدولة الفرنسي. وبهذا فإن هذا القانون لم يدع مجالا للشك بالنسبة للعليمة الإدارية لعقود البترول المبرمة في الجزائر<sup>(٣)</sup>.

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن منظمة البلدان المصدرة للبترول

---

(١) انظر في شرح هذه الأساليب: نبيل أحمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢ - ١.  
(٢) انظر: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 55. وأيضا: محمد يوسف علوان،

المرجع السابق، ص ١٧٠٧.

(٣) راجع:

BENCHIKH (M.), Op. Cit., PP. 86 - 87; MUSTAPHA (M.),  
Op. Cit., P. 56.

(أوبك) قد أكدت على أن عقود البترول تعد عقودا إدارية. وذلك لتوافر  
الاركان الأساسية للعقد الإداري فيها<sup>(١)</sup>.

### تقدير هذا الرأي:

ونحن لا يمكننا التسليم بهذا الرأي على إطلاقه. وذلك استنادا إلى  
ما يلي:

١ - إذا كان من الصحيح أن أحد طرفي عقد البترول غالبا ما  
يكون من أشخاص القانون العام (سواء أكان الدولة ذاتها أو الهيئات أو  
الشركات التابعة لها). بيد أنه ليس كل عقد يبرمه أحد أشخاص القانون العام  
يعد عقدا إداريا. فقد يلجأ هذا الشخص في تعاقدته إلى وسائل القانون الخاص  
فيبرم عقودا خاضعة للقانون الخاص. وقد يتبع أسلوب القانون العام فيبرم  
عقودا إدارية. فإذا كان شرط وجود الإدارة كطرف في العقد يعد شرطا  
لزاما لإنشاء الطابع الإداري على العقد، إلا أنه لا يعد كافيا بذاته<sup>(٢)</sup>.

٢ - يشترط إلى جانب إبرام العقد بواسطة شخص معنوى عام أن  
يتصل العقد بأحد المرافق العامة. ويتخذ اتصال العقد بالمرافق العام سورا  
متعددة. فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق أو إدارته أو استغلاله أو المحافظة أو  
المساهمة فيه<sup>(٣)</sup>. فإذا ما انتمت الصلة بين العقد وأحد المرافق العامة، فإن

---

(١) راجع الدراسة التي أعدها منظمة البلدان المصدرة للبترول من الاتيحات  
للمتودة والتي قدمتها إلى مؤتمر البترول العربي الخامس الذي عقد بالقاهرة في  
مارس عام ١٩٦٥. ص ١٠.

(٢) راجع في ذلك: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للمقود الإدارية. دار الفكر العربي.  
الطبعة الخامسة، ١٩٩١. ص ٦٢، ٦٣. د. ثروت بدوي، النظرية العامة في  
المقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦. ص ٥٩. ومليحها. الجار السيز للمقد  
الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢٧، العدد الأول والثاني، ١٩٥٧. ص ١٢١.  
١٢٢. د. عزيزة الشريفه دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية،  
١٩٨١. ص ٢٢.

(٣) انظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة ..... المرجع السابق. ص ٧٤. ومليحها.  
د. ثروت بدوي، النظرية العامة ..... المرجع السابق. ص ٦٢. ومليحها. الجار  
السيز ..... المرجع السابق. ص ١٢٢. ومليحها: د. عزيزة الشريف. المرجع  
السابق. ص ٥٦.



المقد لا يعد إدارياً، بل يعد من عقود القانون الخاص ولو كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام<sup>(١)</sup>.

وينسحب نفس القول على عقود البترول. ولكن التساؤل الذي يثور هو هل يعد استغلال الثروة البترولية مرفقا عاما بحيث يمكن القول بأن عقد البترول يتصل بمرفق عام؟

نحن نتردد في اعتبار استغلال الثروة البترولية مرفقا عاما بالمعنى المفهوم في القانون العام، ومن ثم اعتبار عقد البترول عقدا متصلا بمرفق عام. وذلك للأسباب الآتية:

أ - إن استغلال الثروة البترولية بواسطة الشركة المتعاقدة ليس مشروع يعمل بانفراد وانتظام بقصد أداء خدمات عامة للجمهور، حيث إن الشركة المتعاقدة لا تلتزم بإفادة الجمهور من البترول الذي تنتجه، ولا يتضمن عقد البترول أي نص بهذا المعنى. هذا في حين أن المرفق العام يستهدف بصفة أساسية تحقيق النفع العام. فالغرض من إنشاء المرفق العام هو إشباع الحاجات العامة للجمهور مثل حاجتهم إلى الأمن والعدالة والسحة والتعليم ... الخ. ويعد تحقيق النفع المنصر المميز للمرفق العام عن غيره من المشروعات الأخرى التي لا تستهدف إلا تحقيق النفع الخاص<sup>(٢)</sup>.

والقول بغير ذلك، أي اعتبار استغلال الثروة البترولية مرفقا عاما، معناه إخضاع استغلال الثروة البترولية للمبادئ الأساسية التي تخضع لها المرافق العامة. وهي: مبدأ السير المنتظم والمضطرد للمرافق العامة، ومبدأ مسايرة المرفق العام للتطورات المستجدة، ومبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع

---

(١) انظر: د. محمود حليم، المقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص ٢٥.

(٢) راجع: د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص ٢٣ ومليحها. وفي نفس المعنى د. سليمان المليوي، مبادئ القانون الإداري، المكتب الثاني: نظرية المرفق العام وعمل الإدارة، دار الفكر العربي، ص ٢٢، ص ٢٤.

بخدمات المرفق العام<sup>(١)</sup>. وهو ما لا يحدث في الواقع العملي.

ب - إن الدولة رغم ما لها من سلطات الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة، إلا أنها ليست صاحبة الرأي الأعلى والكلمة النهائية في إدارة المشروع البترولي وتنظيمه، بل إن القدر الأكبر من هذا التنظيم وتلك الإدارة بيد الشركة المتعاقدة<sup>(٢)</sup>.

ولا يكفي لإخفاء طابع المرفق العام على مشروع ما أن يقتصر تدخل الدولة عند حد الإشراف والرقابة، فالمشروعات الخاصة تخضع لنوع من الرقابة والإشراف، فقد تعين الدولة مديرا للمشروع الخاص، وقد تمثل الحكومة في مجلس إدارة الشركة، وقد تتدخل الدولة لمساعدة ومعاونة وتشجيع المشروعات الخاصة فتمنحها بعض امتيازات وحقوق السلطة العامة مثل حق التنفيذ المباشر ونزع الملكية، إلا أن كل هذه المظاهر لتدخل الدولة أو السلطة العامة لا تجعل من المشروع الخاص مرفقا عاما. بل يجب أن يصل تدخل الدولة إلى حد الهيمنة على المشروع بحيث يكون لها الكلمة النهائية في إنشاء وإلغاء المشروع، وفي تحديد قواعد سيره وتنظيمه<sup>(٣)</sup>.

ج - وبالإضافة إلى ما تقدم فإنه لا يوجد أي نص يقرر إخفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية. بل على العكس يمكننا أن نخلص من النصوص المتعلقة باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة إلى عدم إخفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية.

فقد تواتر النص في الدساتير المتعاقبة على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة

---

(١) راجع في شرح هذه المبادئ: د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري ..... المرجع السابق، ص ١٤٤ ومبعضا.

(٢) انظر: د. محمد طلعت التنبسي، تغير الأوضاع وعقد الاختيار البترولي، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بنفك عام ١٩٦٧، ص ١٢، ١٣.

(٣) د. محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٤٨؛ د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري ..... المرجع السابق، ص ١٩٠، ص ٤٠٠.

الطبيعية والمرافق العامة<sup>(١)</sup>. وقد صدر بالفعل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والذي نص في مادته الأولى على أن «يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ... بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة». يتضح من ذلك أن استغلال الثروات الطبيعية بما فيها البترولية، ليست موافق عامة، لأنها لو كانت كذلك لما احتاج المشرع النص على استغلال الثروات الطبيعية إلى جانب المرافق العامة.

٢ - إذا كان اتصال العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام بالمرافق العام شرطاً لازماً وضرورياً لكي يعتبر العقد إدارياً، فإن ذلك ليس كافياً بذاته لنسج العقد هذه الصفة، وذلك لأن الإدارة رغم تعلق العقد بالمرافق العام قد تلجأ إلى وسائل القانون الخاص فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم العادية، ومن ثم لا يعد كافياً أن يتصل العقد بمرافق من المرافق العامة ليكتسب الطابع الإداري، بل يشترط إلى جانب ذلك اتباع الإدارة لوسائل القانون العام. وأهم وسيلة يستدل بها في الكشف عن نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام دون القانون الخاص هي: تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، ومن أهم أمثلة الشروط الاستثنائية تلك التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر مثل حق الإدارة في تعديل العقد، وحققها في الإشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد، وحققها في فسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر<sup>(٢)</sup>. وينسحب ذلك على عقود البترول، ولكن التساؤل الذي يثور هو: هل تتضمن هذه العقود مثل هذه الشروط؟

يبدو لنا من خلال استقراء نصوص العديد من عقود البترول

---

(١) من ذلك نص المادة (٩٨) من دستور عام ١٩٥٦، والمادة (٧٤) من دستور عام ١٩٦٤، والمادة (١٢٢) من الدستور المصري الحالي لسنة ١٩٧١.

(٢) راجع: د. سليمان الطحاوي، الأسس العامة ... المرجع السابق، ص ٤٦ ومبهما؛ د. ثروت بدوي، النظرية العامة ... المرجع السابق، ص ٧٦ ومبهما، المعيار المميز ... المرجع السابق، ص ١٢٢؛ د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٦٢ ومبهما.

- خصوصاً العقود البرمة في الشرق الأوسط - أنها لا تتضمن مثل هذه الشروط، بل على العكس تماماً تتضمن شروطاً تعد من السلطات والامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقد الإداري. ومن هذه الشروط تلك التي تنص على عدم إمكان تعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين، وتلك التي تنص على حق الشركة المتعاقدة في إنهاء العقد أو التنازل عنه، بالإضافة إلى ذلك تتضمن عقود البترول شروطاً تنص على مزايا عديدة للشركات المتعاقدة مثل الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية.

وإذا كان مجرد انتفاء وجود الشروط الاستثنائية يعد قرينة على انتفاء الطابع الإداري عن عقود البترول، فإنه من باب أولى ينتفى عنها هذا الطابع إذا تضمنت شروطاً مضادة تعد من السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقد الإداري.

أما القول بأن العقد يعد إدارياً لاحتوائه على شروط تحلّي للدولة سلطة الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة مما يعد شروطاً استثنائية، فإنه لا يمكن الأخذ به، ذلك أن النص على حق الدولة في الإشراف والرقابة يكون بهدف التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها، ولا تعد من قبيل الشروط الاستثنائية بالمعنى المفهوم في القانون الإداري.

كما أن القول بأن المزايا التي تتمتع بها الشركات المتعاقدة تعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة لا يمكن التسليم به، وذلك لأن هذه المزايا مقررة لمصلحة هذه الشركات في مواجهة جهة الإدارة، والفرض في الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تضاف الطابع الإداري على العقد أن تكون مقررة لصالح جهة الإدارة تجاه المتعاقدين أو مقررة لصالح المتعاقدين تجاه الغير.

وقد أخذت بعض أحكام التحكيم بوجهة النظر التي انتهينا إليها على النحو المذكور، حيث رفضت اعتبار عقد البترول محل النزاع

عقدا إداريا. ويعد الحكم الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية<sup>(١)</sup> من أهم هذه الأحكام. حيث رفض المحكم «ديبوي» اعتبار عقود البترول محل النزاع عقودا إدارية. وذلك على أساس أن هذه العقود لا تتوافر فيها الشروط التي ينص عليها القانون الليبي حتى يمكن الاعتراف للعقد بالمابع الإداري. فقد قدر المحكم أنه «بالإضافة إلى عدم توافر فكرة إدارة المرفق العام أو استغلاله، فإنه من الثابت أيضا أن الحكومة الليبية قد انتوت التعامل على قدم المساواة مع شركائها في عقود الامتياز محل النزاع، كما أن هذه العقود لا تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، بل على العكس كان من المنصوص عليه في العقد أن التوائين واللوائح التي من شأنها تعديل الحقوق التعاقدية للشركات المستثمرة لا تكون قابلة للتطبيق على هذه الشركات إلا بموافقتها».

وقد رفض المحكم وجهة النظر القائلة بأن شروط الثبات يمكن اعتبارها شروطا غير مألوفة في القانون الخاص حيث لا يوجد لها مثيل في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة» وذهب إلى أن شروط الثبات تعد شروطا ذات طبيعة سلبية. فالدولة أو السلطة الإدارية عندما تتعهد بعدم ممارسة السلطات التي تتمتع بها دون موافقة الشخص المتعاقد معها فإن ذلك يدل على أن الدولة قد تعاقدت معه على قدم المساواة. فشروط الثبات تمثل تخلفا لإحدى الخصائص الرئيسية للعقد الإداري أي لمطامحه غير المتكافئة Inégalité. ثم أضاف المحكم حجة أخرى تتمثل في أن اللجوء إلى التحكيم الدولي يؤكد على أن الأطراف قد اتفقوا على التعامل على قدم المساواة.

---

(١) راجع الحكم منشور في:

Clunet 1977, PP. 364 - 366, N° 54 - 56.

وفي نفس الاتجاه انظر أيضا: حكم تحكيم ليلكو:

Rev. Arb., 1980, P. 135.

وأينما حكم تحكيم لرامكو:

Rev. Crit., P. 306 et SS. Spéc. P. 312.

وقد ذهب جانب من الفقه (١) - ويحق - إلى أن التفرقة بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام والتي تأخذ بها بعض الأنظمة القانونية كالنظام الفرنسي وبعض الأنظمة المتأثرة به، يقتصر مجال إعالتها على المعاملات الداخلية المحضة، أي العقود التي تتم داخل الدولة الواحدة. وإعمالها على العقود البعيدة بواسطة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، أي في إطار المعاملات الدولية الخاصة، يعنى تطبيقها خارج النطاق الذي وضعت له أصلا وهو النظام القانوني الداخلي. ففي إطار المعاملات الدولية الخاصة، فإن المشكلة التي يثيرها العقد الدولي هي معرفة القانون واجب التطبيق عليه، فإذا ما تم معرفة هذا القانون، فإن تحديد ما إذا كان العقد إداريا من عدمه يتم الفصل فيها تبعا للمبادئ السائدة في هذا القانون وما إذا كان يأخذ بمثل هذه التفرقة أم لا.

نخلص ما تقدم إلى أن عقود البترول بصورتها الحالية لا يمكن اعتبارها عقودا إدارية وفقا للمفهوم السائد في القانون الإداري، ومن ثم فإن الاستناد إلى الطبيعة الإدارية لعقود البترول لا تصلح أساسا لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

**ثانيا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة:**

ذهب جانب من الفقه (٢) إلى القول بأن القرارات الصادرة من الجمعية

(١) انظر:

BERLIN (D.), Op. Cit., P. 56 et SS.

(٢) انظر: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٦٢٨ - ٦٢٩. وانظر في نفس المعنى:

Bogoustavsky, Op. Cit., P. 309.

حيث يقول:

«De la souveraineté de l'État sur ses ressources Naturelles, il découle que toutes les questions d'exploitation des dites ressources, de définition des -

العامة للأزم المتحدة والمتعلقة بالسيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية، والتنمية الاقتصادية للدول الأخذة في النمو تقدم أساسا قانونيا جديدا لتطبيق القانون الوطنى للدولة الطرف على عقود الاستثمار المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبى والتي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية لهذه الدول. إذ أنه طبقا لهذه القرارات، فإن قانون الدولة الطرف يطبق على هذه العقود ليس بالضرورة بناء على النظرية التقليدية التى تقضى بأن العقود المبرمة بين أطراف ليس جميعها من أشخاص القانون الدولى يجب أن يحكمها القانون الوطنى. ولكن على أساس حقوق السيادة التى للدولة الطرف على ثرواتها الطبيعية كما يحددها القانون الدولى. ومن أجل زيادة التنمية الاقتصادية لهذه الدولة بصفة عامة، وتنمية الموارد الطبيعية التى يشملها الاتفاق بصفة خاصة.

وتبدأ مقدمات هذا الاتجاه المدافع عن خضوع العقود المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية بما فى ذلك عقود البترول، للقانون الوطنى للدولة

- 
- formes et conditions d'une telle exploitation relèvent exclusivement de la compétence du dit État. Il en dérive également le droit de l'État d'accorder des concessions aussi bien à ses citoyens qu'à des personnes étrangères, ainsi que le droit de modifier et de résilier avant son expiration un contrat de concession. la question de la fin d'une concession doit être tranchée en premier lieu sur la base de la législation interne de l'État qui a octroyé la concession. Pour cette raison, en vertu des principes de droit international, la réglementation des contrats de concession appartient au domaine du droit interne et non à celui du droit international.

وراجع فى هذا الاتجاه: د. حنيفة الحداد، عقود المبرمة بين الدول ..... المرجع السابق، ص ٤٤١ وملاحقها.

المتعاقدة مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٦٢ والخاس باليادة العائمة على الموارد الطبيعية<sup>(١)</sup>. فقد نصت المادة الثانية من هذا القرار على أن استغلال وتنمية هذه الموارد والتصرف فيها، وكذلك استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لهذه الأغراض، يجب أن يتم طبقاً للقواعد والشروط التي تعتبرها الشعوب والأمم ضرورية أو مرغوبة فيها بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها.

كما نصت المادة الرابعة من هذا القرار على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية السلم بأولويتها على المصالح الفردية أو الخاصة، الأجنبية والوطنية. على أن يدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها. ووفقاً للقانون الدولي.

وإذا كان هذا القرار قد أشار إلى القانون الدولي، بيد أن هذا القانون الأخير لم ترد له أية إشارة في القرارات الأخرى الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

فقد نصت المادة الرابعة من القرار رقم (٢٢٠١) الصادر في أول مايو سنة ١٩٧٤، والمتعلق بإنشاء نظام إقتصادي عالمي جديد<sup>(٢)</sup>، على حق

---

(١) راجع نص القرار والتطبيق عليه: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٢١٦ ومليدها؛ د. حسن عطية، المرجع السابق، ص ١١٨ ومليدها. وتظهر في مبدأ اليادة على الثروات الطبيعية:

Fischer (G.), La souveraineté sur les ressources Naturelles, A.F.D.I., 1962, P. 516 etSS.; Elian (G.): Le principe de la souveraineté sur les ressources Nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international. Recueil des cours, 1976, P. 1 etSS.

(٢) راجع في هذا القرار: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٢٢٦ ومليدها، وحول إنشاء نظام إقتصادي دولي جديد راجع:

FEUER (G.): Les Nations unies et le nouvel ordre économique international ciunet 1977, P. 606 etSS.; CARREAU (D.): Le nouvel ordre économique international, ciunet 1977, P. 595 etSS.



كل دولة في السيادة الكاملة والدائمة على مواردها الطبيعية وكل الأنشطة الاقتصادية فيها. ولحماية هذه الموارد، يكون لكل دولة الحق في ممارسة رقابة فعالة عليها وعلى استغلالها بالوسائل الأكثر ملائمة بالنسبة لها، بما في ذلك الحق في التأميم أو نقل الملكية لمواطنيها. ويعد هذا الحق تعبيراً عن السيادة الكاملة والدائمة، ولا يجوز أن تخضع لأي دولة في ممارسته لأية ضغوط سياسية أو اقتصادية أو غيرها تحول دون ممارستها لهذا الحق.

كما نصت المادة الثانية من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٢٨١) الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٤، والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول<sup>(١)</sup> «أن لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنتقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها، ولكن يتعين عليها في هذه الحالة أن تقوم بدفع تعويض ملائم طبقاً للقوانين واللوائح النافذة فيها. وفي كل حالة يثور فيها النزاع بشأن مسألة التعويض، يجب أن يحسم هذا النزاع بموجب القانون الوطني للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول ومبدأ حرية اختيار الوسائل».

ومن الجدير بالذكر أن الحكومة الليبية قد تبنت هذا الاتجاه في المنازعات التي ثارت بينها وبين الشركات الأجنبية على أثر قيامها بتأميم أموال هذه الشركات. فقد تسكت الحكومة الليبية في المذكرة التي قدمتها إلى رئيس محكمة العدل الدولية في ٢٦ يوليو سنة ١٩٧٤ بالقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وخصوصاً القرار رقم (٢١٧١) الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٢، والقرار رقم (٢٢٠١) الصادر في مايو سنة ١٩٧٤، السالف الذكر. فطبقاً لوجهة نظر الحكومة الليبية فإن هذه

(١) راجع في هذا القرار: د. حسن علي: المرجع السابق، ص ١٢٢ وبعدها. وانظر في الاعلان العالمي بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول:

CASTANEDA (J.): La charte des droits et devoirs économiques des États, A.F.D.J., 1974, P. 54 etSS.

القرارات تستبعد اللجوء إلى القانون الدولي. وتطلى الاختصاص إلى قانون ومحاكم الدولة المضيئة وحدها. وقدرت الحكومة أن الحق فى التأميم ونقل ملكية الأموال الأجنبية إلى مواطنيها يعد تعبيراً عن السيادة الدائمة والكاملة للدولة على ثرواتها الطبيعية. فالأمر يتعلق إذن بحق لا يجوز التصرف فيه ولا يخضع فى ممارسته لأية ضغوط اقتصادية أو سياسية أو غيرها<sup>(١)</sup>.

ولقد تبنت هذا الاتجاه أيضا حكومة الكويت فى نزاعها مع شركة أمينزويل. فقد تمسكت حكومة الكويت بأن حق السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبح قاعدة أسرة تحظر على الدول أن تمنح عن طريق المقد أو المعاهدة أية ضمانات تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية<sup>(١)</sup>.

#### تقدير هذا الاتجاه:

ينبغى لتقدير هذا الاتجاه التعرف على القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بصفة عامة. حيث أن السؤال الذى يطرح نفسه هو هل تتمتع هذه القرارات بالقوة القانونية الملزمة للدول؟ وبعبارة أخرى هل تمد هذه القرارات بمثابة قواعد قانونية ملزمة للدول الأعضاء فى منظمة الأمم المتحدة؟ بيد إن الإجابة على هذا السؤال تتضمن بحث مسألة ما إذا كان للجمعية العامة سلطة تشريعية، وهو الأمر الذى يتجاوز نطاق هذه الدراسة. ولذلك يكفى فى هذا الخصوص الإشارة إلى أنه وفقاً للقواعد التقليدية فى القانون الدولي العام، فإن هذه القرارات، من حيث الشكل، عبارة عن مجرد توصيات ليست لها القوة الملزمة للدول كما أنها غير مسحوبة بجزء<sup>(٢)</sup>.

---

Clunet, 1977, P. 374, N° 80.

(١) راجع تحكيم تكافو:

Clunet, 1982, P. 893.

(٢) راجع تحكيم أمينزويل:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 176, N° 328

(٢) انظر:

ومع ذلك يذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى أنه من غير المتنازع فيه أن قرارات الجمعية العامة تعد التزامات ذات طبيعة قانونية. ولكن المشكلة لا تكمن في الطابع الإلزامي لهذه القرارات بقدر ما تكمن في وضع هذه القرارات موضع التنفيذ. فالقاعدة التي لا يتم تطبيقها لا تعد قاعدة قانونية. ومن الثابت أن القانون الدولي العام المعاصر لا يلزم الدول مطلقاً بتنفيذ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. فكما هو معروف فإن القرارات الصادرة عن مجلس الأمن فقط هي التي يتم تنفيذها.

ولقد عرضت مسألة القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أمام محاكم التحكيم. ويعد تحكيم تكساكو من أهم التحكيمات التي تعرضت لهذه المسألة.

فلقد ذهب الأستاذ «ديوي» إلى أن القرارات المختلفة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها قيمة قانونية متساوية. فهذه القيمة يجب أن تقدر وفقاً لمعاييرين: معيار شروط التصويت من ناحية، ومعيار النصوص التي تضمنتها هذه القرارات من ناحية أخرى. وإعلاء للمعيار الأول فإن القرار رقم ١٨٠٢ الخاص بالسيادة النائمة للدول على الموارد

---

(١) انظر:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 177, N° 330.

حيث يقول:

«il ne semble pas contestable que les résolutions constituent des obligations de Nature juridique. Mais ce n'est pas tant au plan de leur caractère obligatoire ou contraignant qu'à celui de leur caractère exécutoire que se pose la question du caractère normatif de ces textes. une règle que n'est pas appliquée n'est déjà plus une règle de droit. or, le droit international public contemporain n'impose nullement aux États d'exécuter les résolutions de l'assemblée générale des Nations unies, seules les décisions du conseil de sécurité, on le sait, sont exécutoires».

الطبيعية تم اتخاذها بأغلبية ساحقة وتمت الموافقة عليه من قبل الدول المختلفة. ومن ثم فإن هذا القرار يعكس حالة القانون العرفي إذ وافقت عليه دول العالم الثالث والدول القريبة المتقدمة بما في ذلك الولايات المتحدة الأمريكية.

على العكس من ذلك فإن شروط التصويت على القرارات الأخرى (القرار رقم ٣١٧١، ٣٢٠١، ٣٢٨١)، تظهر أن هذه القرارات لم تلق ذات التأييد الذي حصل عليه القرار رقم ١٨٠٢. ويرجع ذلك إلى أن هذه القرارات أخضعت مسألة التعويض للقانون الوطني للدولة المتعاقدة. دون أن تتضمن أي إشارة إلى القانون الدولي. مما أدى إلى امتناع كثير من الدول الصناعية الكبرى عن التصويت عليها، وتصويت البعض الآخر ضدها.

وهكذا، فرق الأستاذ ديوي - إعمالاً لمعيار شروط التصويت - بين القرار رقم (١٨٠٢) المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية من ناحية، والقرارات المتعلقة بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد، وذلك الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، والذي يظهر من التصويت عليها عدم موافقة الدول في مجموعها على الأحكام الأكثر أهمية فيها وخاصة تلك التي تتعلق بالتأمين. وقرر أن القرار رقم (١٨٠٢) هو وحده الذي يتمتع بقيمة القانون الدولي الوضعي.

وإعمالاً للمعيار الثاني المتمثل في تحليل النصوص التي تضمنتها هذه القرارات، قرر الأستاذ ديوي أن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول يشكل إعلاناً سياسياً أكثر منه قانونياً، ويدخل في إطار استراتيجيات التنمية، وتمت الموافقة عليه بواسطة الدول غير الصناعية وحدها.

وبناء على ما تقدم، انتهى الأستاذ «ديوي» إلى أن الدولة ذات السيادة والتي لها الحق في التأمين لا يمكنها أن تتجاهل التعهدات التي التزمت بها كدولة متعاقدة<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أن مثل هذا النهج الذي اتبعه الأستاذ «ديبوي»، والذي يجبر الفرد على أن يقوم بعملية حسابية - لتحديد الأصوات المؤيدة والأصوات المعارضة والممتنعة - من أجل تحديد القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة - يعد منهجا غير مناسب لتطور القانون الدولي العام، والذي يجب الاعتراف بأنه لا زال بعيدا عن أن يصل إلى درجة النضج الكامل في هذا المجال<sup>(١)</sup>.

ولعل الهدف الحقيقي الذي يكمن وراء اتباع الأستاذ «ديبوي» لهذا النهج هو الوصول إلى نتيجة محددة سلفا وهي تطبيق القانون الدولي العام على المقدم محل النزاع... فالقرار الوحيد الذي يتضمن الإشارة إلى القانون الدولي إلى جانب قانون الدولة المضيفة هو القرار رقم ١٨٠٢ المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية دون بقية القرارات الأخرى الصادرة عن الجمعية العامة، ولذلك فإنه اتبع هذا النهج من أجل الاعتراف لهذا القرار وحده بقيمة القانون الدولي الوضعي<sup>(٢)</sup>.

ولقد تعرض المحكم «محصاني» في قضية ليماكو لمألة القيمة القانونية للقرارات المذكورة. وقد انتهى إلى أن هذه القرارات المذكورة وإن

---

(١) انظر:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 178, N° 331.

حيث يرى:

«il est clair qu' un tel système, qui oblige l'interprète à se livrer à des opérations mathématiques pour apprécier la valeur juridique d'un texte, est peu propice au développement du droit international public qui, il faut bien l'admettre, est encore loin en ce domaine d'être parvenu à un degré de maturité suffisant».

(٢) للمزيد من الاختلافات التي وجهت إلى حكم تكساكو في هذا الخصوص راجع: د. خليفة الخلد، العقود البرمجة بين الدول... المرجع السابق، ص ٤٦، ومليحها: وراجع أيضا:

RIGAUX (F.), Des dieux... Op. Cit., PP. 439 - 441, N° 7 et, P. 451 - 452, N° 20.

لم تشكل مصدرا جبايعا للقانون. فإنها على الأقل تمد دليلا على الاتجاه المسيطر لدى الرأي العام العالمي المتمثل بحق الدول في السيادة على ثرواتها الطبيعية. وأن هذا الحق يخضع دائما لمبدأ احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض<sup>(١)</sup>.

وفي قضية أمينزويل، رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التي تمسكت بها الحكومة الكويتية التي مفادها - كما سبق أن رأينا - أن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبحت قاعدة أمرّة تحظر على الدول أن تمنح، سواء بموجب المقد أو المعاهدة، أية ضمانات أيا كان نوعها تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية. وذلك بقولها «حتى إذا كان القرار ١٨٠٢ الصادر عن الجمعية العامة يعكس الوضع الراهن للقانون الدولي، فإن القرارات اللاحقة عليه لا تتمتع بنفس القوة. وحتى إذا كانت بعض الأحكام التي تضمنتها هذه القرارات يمكن اعتبارها مقبنة لقواعد تعكس ما يجري عليه العمل على الصعيد الدولي، فإنه من غير الممكن أن يستخلص من ذلك وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي الأمرّة تحظر على الدولة أن تتعهد بعدم إجراء أية تأميمات خلال فترة معينة. فقد يكون من المفيد للدول المضيفة أن يكون لها القدرة على أن تتعهد بعدم تأميم مشروع أجنبي معين خلال فترة زمنية محددة. ولا توجد أية قاعدة في القانون الدولي العام تمنعها من ذلك<sup>(٢)</sup>».

ويبدو لنا أن محكمة التحكيم تعترف بالقيمة القانونية للقرارات محل البحث، وذلك من خلال تأكيدها على حق الدول في السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، وحقها في التأميم، بيد أنها لم تنذهب إلى حد اعتبارها متضمنة لقواعد قانونية أمرّة لا يجوز للدولة الاتفاق على مخالفتها.

على أية حال، وأيا كانت القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن

الجمعية العامة للأمم المتحدة، فإنه يبدو لنا أنه إذا كانت هذه القرارات تقرر سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية، وحرية التصرف فيها، بيد أن ذلك لا شأن له بمسألة القانون واجب التطبيق على العقود المتعلقة باستغلال هذه الثروات والتي تبرمها الدولة وفقا لما لها من سيادة عليها. إذ أن مسألة تحديد القانون الذي يحكم العقد تخضع للمعايير والضوابط المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص، ولا شأن لقرارات الجمعية العامة بها.

ثالثا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون:

بعد أن أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي الترويض الصربية والبرازيلية في سنة ١٩٢٩ على أن كل عقد لا بد وأن يخضع بالضرورة إلى القانون الداخلى لدولة ما، وذلك عندما قضت بأن «كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، يجد أساسه في القانون الداخلى لدولة ما»، أكدت المحكمة أيضا على وجود قرينة لصالح تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة وذلك فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف لنظام قانونى وطنى آخر، وذلك بتولها «إن الدولة ذات السيادة لا يمكن افتراض أنها قد أخضعت جوهر دينها وصحة التزاماتها المكلفة بها فى هذا الصدد لقانون آخر غير قانونها»<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من هذا القضاء أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي على الرغم من أنها قد أقرت صراحة أن تحديد القانون الوطنى واجب التطبيق على هذا النوع من العقود يتم وفقا لقواعد القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين، بيد أنها لم تذهب إلى حد إخضاع هذه

(١) انظر:

Clunet 1929, P. 977 etSS. Spéc P. 1077.

حيث يقول الحكم:

«un Etat souverain qui ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements pris par lui à ce sujet, à une loi autre que sa propre loi».

المقود للقانون الوطني الذي تشير إليه هذه القواعد. بل أخضعت هذه المقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وذلك على أساس وجود قرينة مستفادة من مجرد وجود الدولة كمطرف في المقعد لصالح تطبيق قانون هذه الدولة. وقد اعتنق القضاء الوطني في بعض البلدان، في بادئ الأمر، نفس الحل الذي تبنته المحكمة الدائمة للعدل الدولي.

ففي فرنسا، أخذت محكمة النقض الفرنسية، منذ القرن الماضي، بهذه القرينة وذلك عندما قضت في حكمها الصادر سنة ١٨٤٩ بأن «كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة»<sup>(١)</sup>، كما أخذت بها أيضا محكمة استئناف باريس، فقد قضت في حكمها الصادر في ٥ يناير لسنة ١٩٢٨ بأن «كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة، يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة»<sup>(٢)</sup>.

وقد أشار إلى وجود هذه القرينة حكم تحكيم أرامكو. وذلك عندما ذهبت محكمة التحكيم إلى أن القانون النافذ في المملكة العربية السعودية هو القانون واجب التطبيق على عقد الامتياز من حيث الموضوع، وذلك على أساس أن هذه الدولة تعد طرفا في المقعد بصفتها ماتهة وأنه من المسلم به في القانون الدولي الخاص أن الدولة ذات السيادة يفترض، إلى أن يثبت عكس ذلك، أنها قد قبلت خضوع الالتزامات التي أبرمتها لقانونها الوطني<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع في هذا الحكم:

RIAD (F.), L'entreprise publique et ... Op. Cit., P. 638;  
LEDUCQ (X.), Op. Cit., P. 195. N° 288.

(٢) راجع في هذا الحكم :

LALIVE (P.), L'État en tant que ... Op. Cit., P. 343 N° 49.

(٣) انظر الحكم مشهور في:

Rev. Crit. 1963, P. 272, Spéc. P. 284.

حيث يذكر الحكم:

«Le droit en vigueur dans l'Arabie saoudite est en autre applicable à la concession, quant au fond, pour la raison que cet État est partie au contrat en qualité de concédant et qu'il est universellement admis en droit international privé qu'un État souverain est présumé, Jusqu'à preuve du contraire, avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa loi propre».



بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد الشديد من جانب غالبية الفقهاء. فقد ذهب البعض<sup>(١)</sup>، إلى أن قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد تم تجاوزه بالتطورات اللاحقة ولم يعد يستجيب للحاجات الحالية للتجارة الدولية. وإذا كان حقيقيا أنه من غير الممكن افتراض قبول الدولة إخضاع العقد المبرم بواسطتها لقانون دولة أخرى أو للمبادئ العامة للقانون أو للقانون الدولي العام، فكذلك الشيء أيضا من غير الممكن افتراض قبول الشركة الخاصة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة. لاسيما وأن قبول الشركة الخاصة الخضوع لسلطان هذا القانون يعرضها لمخاطر السيادة *Aléa de souveraineté*. وإذا كان قانون الدولة المتعاقدة غالبا ما يعتبر، في الواقع العملي، هو القانون واجب التطبيق، فإن ذلك لا يرجع إلى وجود قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة نظرا لصفاتها كدولة، وإنما يرجع إلى طبيعة العقد ذاته والذي يتركز تنفيذه، على الأقل في الجانب الأعظم منه، على إقليم هذه الدولة. فقانون الدولة المتعاقدة يكون واجب التطبيق في مثل هذه الأحوال باعتباره قانون محل التنفيذ *Lex loci executions*.

وباختصار فإن كون أحد الأطراف دولة ذات سيادة - وفقا لهذا الرأي - لا يمثل في حد ذاته قرينة على تطبيق قانون هذا الطرف، ولا يعد حتى مجرد إشارة ذات دلالة قوية في هذا الصدد.

ويرى هؤلاء أن رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعد متناقضا مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٤٢) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بقولها أنه «في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق، تطبق

(١) راجع:

LALIVE (P.), *L'État en tant que ... Op. Cit.*, PP. 342 - 343, N° 47 - 48.

وفي نفس المعنى أيضا:

LEBOULANGER (Ph.), *Op. Cit.*, PP. 204 - 205, N° 373.

محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع - بما في ذلك قواعد تنازع القوانين - وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص». واستندوا في ذلك على أمرين: ١- إن إشارة النص إلى قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع قد تضمنت صراحة قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة، مما قد يترتب على تطبيقها الإحالة إلى قانون آخر سواء أكان قانون الدولة التي ينتمي إليها الطرف الخاص الأجنبي أو قانون دولة ثالثة. ٢- إن الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تبريرها بفكرة الاسناد إلى مكان التنفيذ الرئيسي. أي باعتبار أن قانون هذه الدولة يعد قانون البلد الذي ينفذ فيه العقد بصفة رئيسية. هنا بالإضافة إلى إشارة النص إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص على قدم المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.

كما رفض البعض الآخر<sup>(١)</sup> التسليم بوجود مثل هذه القرينة ومنها بأنها غير منطقية، وذلك لأن الدولة عند إبرامها لهذه العقود تتعاقد ليس بوصفها من أشخاص القانون الدولي، بل باعتبارها مجرد شخص عادي. فالدولة، في هذه العقود، تتعاقد على قدم المساواة مع الشخص الخاص. ومن ثم لا يكون هناك أي مبرر لإعطاء أفضلية لقانون هذه الدولة الطرف. كما لاحظ هؤلاء أن اختصاص قانون الدولة المتعاقدة في قضية القروض السرية والبرازيلية كان مبنيًا على حجة أكثر إقناعًا هي أنه في حالة عقد القرض فإن مسألة القانون واجب التطبيق تواجه بمشكلة تعدد الأشخاص حاملي الأسهم. وبالتالي تعدد الجنسيات، وأن الشخصية الوحيدة المحددة هي شخصية المقرض. وبناء عليه فإن اختصاص قانون الدولة الطرف في العقد لم يكن مبنيًا على كونه قانون الدولة المتعاقدة بقدر ما كان مبنيًا على كونه قانون الطرف المقرض.

(١) انظر:

BERLIN (D.), Op. Cit., PP. 36 - 37.

«elle est tout d'abord illogique, ... ce sont des contrats que l'État a conclus, non en tant que sujet du droit international, mais «comme un simple particulier»: il a donc entendu contracter sur un pied d'égalité avec la personne privée, et on ne voit pas très bien pourquoi il devrait exister une préférence pour la loi de l'État partie».

ويرفض جانب من الفقه في مصر<sup>(١)</sup> - من تعرضوا لهذه المسألة - وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. ويرون عدم الخروج عن القواعد المتبعة في تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة للمقود بصفة عامة. أي المقود البرمة بين الأشخاص الخاصة. فكون الدولة طرفاً في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى افتراض أن يكون هذا العقد محكوماً بقانون هذه الدولة. فالدولة التي تتعاقد على قدم المساواة مع الأفراد العاديين لا يجوز لها أن تتسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها. إذ أن في ذلك خرق لمبدأ المساواة بين الأطراف في العقد. وإذا كان كل من الفقه والقضاء الحديث قد استقر على حرمان تسك الدولة بحصانتها القضائية في المنازعات الناشئة عن أنشطتها ذات الطبيعة الخاصة. فلم يعد من المقبول بعد ذلك تخويل الدولة حصانة تشريعية في هذا الخصوص. فما لا شك فيه أن الاعتبارات التي أملت على كل من الفقه والقضاء الحديث حرمان الدولة من التسك بالحصانة القضائية في مجال معاملات القانون الخاص تصلح بدورها كأساس لحرمانها من حصانة مماثلة في نطاق الاختصاص التشريعي.

الخلاصة أن الاتجاه السائد في الفقه لا يسلم بوجود أي قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مستفادة من مجرد وجود الدولة كطرف في العقد. ويرى خضوع هذه المقود للقواعد المتبعة في تحديد القانون

(١) انظر:

RIAD (F.), L'entreprise publique ... Op. Cit., PP. 639-640.  
أ. د. فولد رينش، د. سلبية رأيد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، .....  
الرجع السابق، ص ٢١٠ - ٢١١، بند ٢٨١، أ. د. عز الدين عبالله، القانون الدولي الخاص، .....  
الرجع السابق، ص ٤٦٥، بند ١٢٥ مكرر، أ. د. هيلم سادق، تنازع القوانين، الرجع السابق، ص ٧١٥. عكس ذلك انظر: أ. د. سلبية رأيد، دور التحكيم في تدويل المقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، خصوصاً ص ٥٥ ومابعدها، بند ٢٢ ومابعده.

واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة بصفة عامة.

كما أن القضاء الحديث في العديد من البلدان قد رفض التسليم بوجود مثل هذه القرينة ولم يعتبر وجود الدولة كطرف في العقد على أنه قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة. فقد ألغت غرفة اللوردات بانجلترا بموجب حكمها الصادر في عام ١٩٢٧ حكم محكمة الاستئناف الذي طبق القانون الانجليزي على العقد المبرم بواسطة الحكومة البريطانية، وقررت أن مجرد كون العقد مبرما بواسطة الدولة لا يمثل قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة (١).

كما أن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت عن موقفها السابق، وقضت في حكمها الصادر في ٢١ مايو لسنة ١٩٢٢، بعدم وجود أي قرينة خاصة تطبق على العقود المبرمة بين دولة ما وأحد الرعايا الأجانب، وذلك عندما تدخل هذه العقود، بطبيعتها وبالشكل الذي أبرمت فيه على حد سواء، ضمن طائفة اتفاقات القانون الخاص والمثابة للاتفاقات التي تبرم بين الأشخاص الخاصة (٢).

وقد سارت في نفس الاتجاه محكمة استئناف باريس، ففي حكمها الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٥٧ في قضية Myrtoon Steamship، أقرت بأن وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع المولي لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي، حيث أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تكون، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، مشابهة للعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة وذلك عندما يكون لهذه العقود طابع عقود القانون الخاص (٣).

(١) راجع في ذلك:

RIAd (F.), L'entreprise publique ... Op. Cit., P. 638-639.

Leducq (X.), Op. Cit., P. 198.

(٢) راجع:

(٣) تنظر:

Cour d'appel de Paris, 10 Avril 1957, Clunet 1958, P.,

1002 etS. Spéc. P. 1008, note B. Goldman.

-

وبالانتهاء من عرض هذا الرأي الأخير. نكون بذلك قد انتهينا من عرض الاتجاه الذي ينادى بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على عقود البترول. ونعرض فى الصفحات التالية للاتجاه الثانى الذى ينادى بإخضاع هذه العقود للقانون الدولى العام.

## المطلب الثانى

### إخضاع عقود البترول للقانون الدولى العام

يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع العقود البترمة بواسطة الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية. كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، للقانون الدولى العام. بيد أن الحجج والأمانيد التى يستندون إليها تختلف من فقيه إلى آخر. ويمكن فى هذا الصدد التمييز بين ثلاثة آراء: الرأى القائل بإخضاع العقد للقانون الدولى العام إستنادا إلى قواعد القانون الدولى الخاص. والرأى القائل بإخضاع العقد للقانون الدولى العام باعتباره معاهدة دولية. وأخيرا، الرأى القائل بإخضاع العقد للقانون الدولى باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد.

ونعرض فيما يلى لهذه الآراء تباعا.

- 
- «on ne saurait objecter que la présence de l'État Français aurait eu pour conséquence nécessaire l'adoption de la loi Française; Qu'en effet les contrats conclus entre l'État et les ressortissants étrangers sont, relativement à la loi applicable, assimilables aux contrats entre particuliers lorsqu, ils présentent les caractères d'une convention de droit privé».

وفى نفس الاتجاه انظر:

Cour d'appel de Paris, 19 Février 1968, Clunet 1968, P. 336.

أولاً: الرأي القائل باخضاع العقد للقانون الدولي العام إستناداً إلى قواعد القانون الدولي الخاص:

يعتبر الفقيه «MANN»<sup>(١)</sup> من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة - بما في ذلك عقود البترول - وذلك عملاً لمبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون الدولي الخاص.

ولقد بدأ الفقيه «MANN»، في سبيل تدعيم وجهة نظره، ببيان أن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية، وخاصة الدول، تخضع بدون شك من حيث المبدأ للقانون الدولي العام<sup>(٢)</sup>. ولكن على الرغم من أن الأشخاص الدولية تتعاقد عادة في نطاق القانون الدولي العام، إلا أنه لا توجد أية قاعدة قانونية تحظر عليهم إخضاع معاملاتهم لنظام قانوني وطني من اختيارهم<sup>(٣)</sup>.

ولقد أراد الفقيه من ذلك أن يصل إلى نتيجة معينة أعرب عنها بعد ذلك وهي أن العقود المبرمة بين شخص دولي من ناحية، وشخص طبيعي أو قانوني تابع لنظام قانوني وطني من ناحية أخرى، تكون محكمة كقاعدة بواسطة نظام قانوني داخلي مختار بواسطة الأطراف<sup>(٤)</sup>. ومع ذلك، فإنه من الممكن بالنسبة لهذه العقود التي يكون أحد أطرافها فقط من أشخاص القانون الدولي، أن تخضع للقانون الدولي العام<sup>(٥)</sup>.

وقد ذهب الفقيه - في سبيل الرد على الاعتراض المتشكك في أن

٢٤

(١) راجع:

MANN (F.A.), The proper law of contracts concluded by international persons, B.Y.B.I.L., 1959 (35). P. 34.

MANN (F.A.), Op. Cit., P. 34.

(٢) راجع:

Ibid. P. 38.

(٣) نظري:

Ibid. (F.A.), Op. Cit., P.41.

(٤) راجع:

Ibid. P. 43.

(٥) نظري:

القانون الدولي العام لا يتضمن بعد التواعد القانونية التي تحكم العقود - إلى تطبيق المبادئ القانونية التي تحكم المعاهدات، وخاصة المعاهدات التجارية Commercial treaties، البرمة بين الأشخاص الدولية. مبررا ذلك بقوله «أن العقود البرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف كثيرا، من حيث طبيعتها وموضوعها، عن المعاهدات البرمة بين الأشخاص الدولية»<sup>(١)</sup>.

ولقد بنى الفقيه وجهة نظره في تدويل هذا النوع من العقود وإخضاعها للقانون الدولي العام على أساس نظرية القانون المناسب The doctrine of the proper law فى القانون الدولي الخاص. فهو يرى أن مسألة ما إذا كان من الجائز، وفى ظل أية ظروف، للشخص الدولي والشخص الخاص إخضاع عقدهما للقانون الدولي العام، أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب فى القانون الدولي الخاص. أكثر من تعلقه بالقانون الدولي العام ذاته. وإذا كانت هناك قيود تحد من حرية الأطراف فى الاختيار، وتناولها العديد من الفقهاء، بيد أن أيا من هؤلاء لم يستبعد حرية الأطراف فى اختيار القانون الدولي العام وخاصة عندما يكون العقد مبرما مع أحد أشخاص القانون الدولي، وعندما تقضى طبيعة الأشياء بأن تكون هناك علاقة وثيقة بالقانون الدولي العام<sup>(٢)</sup>.

ويرى الفقيه أنه لا يجب النظر إلى مسألة اختيار القانون الدولي العام ليحكم العقد من خلال الواقع المتمثل فى أن هذا القانون عادة ما ينظم العلاقات بين الأشخاص الدولية. إن القانون السويسرى باعتبار أنه نظام سويسرى داخلى، ينظم العلاقات القانونية بين المواطنين السويسريين، أى العلاقات الداخلية السويسرية. ومع ذلك إذا أخضع شخص انجليزى وشخص إيطالى عقدهما للقانون السويسرى، فليس هناك شك فى أن هذا النظام القانونى ينطبق على العلاقات العقدية بين الانجليزى والىطالى بموجب

Ibid. PP. 43 - 44.

(١) انظر.

Ibid. PP. 45 - 46.

(٢) انظر.

اختيارهما لهذا القانون. كما أنه ليس من المشكوك فيه. لنفس السبب، أن القواعد القانونية الواردة في القانون الانجليزي أو الإيطالي لا تؤثر في عقد يحكمه القانون السويسري. ولكن تؤثر فيه القواعد القانونية السويسرية السابقة أو اللاحقة على إبرام العقد<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن الفقيه قد سعى إلى تبرير وجهة نظره التي تقضى بإخضاع العقد للقانون الدولي قائلا «يمكن التبرير الحقيقي لامكانية تدويل هذه العقود في متطلبات المعاملات الدولية. حيث أن هناك بعض الحالات التي لا تجد حلاً عليها في غير اختيار القانون الدولي العام. وخصوصاً أن الدول عادة ما تكون غير مؤهلة للخضوع لقانون أجنبي. بينما الأشخاص الخاصة إما أن يكونوا راضين الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة أو يكونوا راغبين في ذلك، ولكنهم يحتجون بعدم وجود مثل هذا القانون. وتثور هذه المشكلة بالنسبة لبعض الدول المتخلفة في الشرق الأوسط وأفريقيا. وفي مثل هذه الظروف، فإن الإشارة إلى القانون الدولي العام تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة هذه الظروف الواقعية. وتوفق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم»<sup>(٢)</sup>.

خلاصة هذا الرأي أنه لما كان للأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهو مبدأ معمول به في معظم الأنظمة القانونية، فإنه بإمكان الأطراف توجيه هذا الاختيار نحو القانون الدولي العام، واختياره كنظام قانوني يحكم العقد. وإذا كان من المؤكد أن القانون السويسري قد وضع أساساً ليحكم العلاقات الناشئة بين السويسريين، وإذا كان من المؤكد أيضاً أن القانون الدولي العام يختص بتنظيم العلاقات فيما بين الدول، بيد أنه ليس هناك ما يمنع أن العقد المبرم بين انجليزي وإيطالي يخضع لأحكام القانون السويسري إذا ما انصرفت إليه إرادة الأطراف. وبالمثل فإن كون أحد الأطراف في العقد ليس من أشخاص

MANN (F.A.), Op. Cit., P.45.

Ibid. P. 46.

(١) راجع:

(٢) انظر:



القانون الدولي لا يمنع من خضوع المقد للقانون الدولي العام إذا ما انصرف إليه إرادة الأطراف المتعاقدة.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن غالبية الفقهاء (١) أعضاء اللجنة الواحد والعشرين المخصصة لبحث مسألة النظام القانوني الذي يحكم العقود البرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية قد أعربوا - أثناء أعمال مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧ - عن موافقتهم على جواز اتفاق الأطراف على اختيار القانون الدولي العام باعتباره القانون الذي يحكم المقد. ولقد أيد الأستاذ VAN HECK مقرر اللجنة هذا الاتجاه مستندا في ذلك على أعمال اللجنة الرابعة المخصصة لمناقشة العقود البرمة بين المنظمات الدولية والأشخاص الخاصة والتي لم تواجه أية صعوبات في الاعتراف للمنظمات الدولية بالحق في اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق على العقود التي تبرمها مع الأشخاص الخاصة. فطالما قد تم الاعتراف للمنظمات الدولية بالقدرة على اختيار القانون الدولي العام، فلا يجب رفض الإعراف بشل هذه القدرة بالنسبة للدول في معاملاتها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية (٢).

وفي ضوء ذلك، فإن المادة الثانية من التوسيات التي أصدرها مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ قد أجازت للأطراف اختيار القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على المقد (٣).

---

(١) انظر لاجبة كل من: DOEHRLING, FELICIANO, JESSUP, P. LALIVE, MANN MONACO, WORTLEY على السؤال رقم (١١) الذي طرحه مقرر اللجنة والذي يتعلق بحدى جواز انضاع الأطراف المقد للقانون الدولي العام، راجع ذلك في:

A.I.D.I., 1977, P., 216, P. 221, P. 223, P. 226, P. 230, P. 244.

A.I.D.I., 1977, P. 194.

A.I.D.I., 1979, P. 192.

(٢) انظر:

(٣) راجع التوسيات منشورة في:

## تقدير هذا الرأي:

تعرض هنا الرأي للعديد من الانتقادات التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

١ - إن تطبيق القانون الدولي العام على هذا النوع من العقود بناء على نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أمر يصعب الموافقة عليه. ذلك أن قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة تهدف إلى حسم التنازع بين القوانين الوطنية التي تتزاحم فيما بينها لحكم العلاقة التعاقدية. فهذه القواعد تفترض أنه أيا كان القانون واجب التطبيق فإنه لن يخرج عن كونه أحد القوانين الوطنية<sup>(١)</sup>. كما أنه من غير المقبول أن يدخل القانون الدولي العام في حالة تنازع مع القوانين الوطنية.

٢ - إن القانون الدولي العام لا يمكنه أبدا أن يكون القانون المناسب لحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. وفي هذا الصدد، ذهب الفقيه «SERENI»<sup>(٢)</sup>، إلى القول: «إن قواعد هذا القانون لا تسرى إلا على العلاقات التي تتم بين أشخاصه. فكل قاعدة قانونية في نظام قانوني معين تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، وذلك بالإضافة إلى قواعد أخرى في نفس النظام القانوني تحدد المخاطبين بها. ولذلك فإن هناك اتصالا وثيقا وضروريا بين جوهر القاعدة القانونية، أي الحق والواجب، والسلطة والاعباء الناتجة عنها، وأشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه القاعدة. إن القواعد القانونية يتم صياغتها تبعاً لطبيعة ونوعية واحتياجات وسلوك أشخاص النظام القانوني الذي تعد القواعد ذاتها جزءاً منه. إن كل نظام قانوني هدفه تنظيم حالة وعلاقات الكيانات الاجتماعية التي وجد من أجلها».

(١) في نفس النص راجع: د. أحمد عشوي، المرجع السابق، ص ٥٥٨.

(٢) راجع:

وترتبا على ذلك انتهى الفقيه إلى تشبيه تطبيق القانون الدولي العام على العلاقات الخاصة بتطبيق قانون الزوجية الفرنسي أو الانجليزي على العلاقة فيما بين الكلاب أو القطط<sup>(١)</sup>.

٢ - إن القول بأن للأطراف الحق في اختيار القانون الدولي العام كقانون يحكم المقدم معناه أنه بمقدور الأشخاص الخاصة أن يعترفوا لأنفسهم بأنهم من أشخاص القانون الدولي وهو ما لا يمكن قبوله. لأن القانون الدولي العام نفسه هو الذي يتولى تحديد الأشخاص المتعاملين بأحكامه. وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ BATIFFOL أنه من المشكوك فيه أن يكون للأشخاص الخاصة أن تعترف لنفسها بأنها من أشخاص القانون الدولي. فقواعد القانون الدولي العام هي التي تحدد من هم أشخاصه. فكما لا يجوز للأشخاص الذين لا يصدق عليهم وصف التجار إخضاع علاقاتهم للقانون التجاري، فلا يجوز كذلك للأشخاص الخاصة إخضاع علاقاتهم للقانون الدولي العام. ومن الناحية القضائية، يبدو من غير المتصور أن ينمق الاختصاص لمحكمة العدل الدولية لمجرد أن بعض الأشخاص الخاصة اعترفوا لأنفسهم بأنهم من أشخاص قانون الشعوب<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

SAERENI (A. P.), Op. Cit., P. 210.

حيث يذكر أن:

«An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply the matrimonial Laws of France or England to relations between cats or dogs».

(٢) انظر إجابة الأستاذ BATIFFOL عن السؤال رقم ١٩ الذي طرحه الأستاذ

VAN HECK مقرر للجنة الواحد والعشرين المختصة لمناقشة الميثاق البرمي بين

الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية في: A.I.D.I., 1977, P. 212.

إذ يذكر أن:

«il me paraît très douteux qu'il appartienne aux personnes privées de se déclarer sujets du droit international public. Ce sont les règles de ce droit qui décident quels sont ses sujets. Appartient - il à deux non - commerçants de décider que leurs relations seront régies par le droit commercial? Judiciairement il ne me

كما ذهب الأستاذ WENGLER إلى القول بأن النظام القانوني الدولي بعيد عن أن يجيز لكل الأشخاص القانونية بأن يدرجوا اتفاقاتهم التعاقدية في إطار هذا النظام ليجرد انصراف إرادتهم إلى ذلك فحسب<sup>(١)</sup>.

٤ - إن القول بأن المقود المبرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف، من حيث طبيعتها وموضوعها، اختلافًا جوهريًا عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدولية وخاصة المعاهدات التجارية، أمر يصعب الموافقة عليه، فالمعاهدات التجارية والصناعية لا تتناول على نحو مباشر الموضوعات التي تتناولها المقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة، وخصوصًا المقود المتعلقة باستغلال وتنمية الثروات الطبيعية كما هو الشأن بالنسبة لمقود البرول. فقد تنص المعاهدات على تقديم قروض أو مساعدات فنية من دولة إلى أخرى لتنمية واستغلال الثروات الطبيعية، وقد تنص أيضًا على ضمان وحماية الحقوق العقدية والبالية للشركات الأجنبية المستثمرة على أقاليم الدول المنتجة، بيد أن هذه المعاهدات لا تتناول العمليات اللازمة لتنمية واستغلال هذه الثروات. ولا تعرض للمشكلات والمنازعات الجوهرية التي تثيرها المقود المتعلقة بتنميتها واستغلالها. وحتى وإن تناولت المعاهدات والمقود موضوعًا مثلاً، فإن أوجه الاختلاف بين المعاهدة والمقود المبرم بين الدولة والشخص الخاص يظل قائماً بينهما من حيث الشخصية القانونية لأطراف كل منهما، وكذلك من حيث طبيعتهما

- 
- parait pas que la cour internationale de justice devienne compétence parce qu'il a plus à des personnes privées de se déclarer sujets du droit des gens.

(١) انظر: A.I.D.I., 1977, P. 234، حيث يقول:

«L'ordre juridique international est loin de permettre à tous les sujets de droit d'insérer leurs conventions contractuelles dans cet ordre au seul motif que tel est leur bon plaisir».

القانونية. فالمعاهدة مصدر للقانون. بينما المقد مصدر لحقوق والتزامات تعاقدية (١).

• - إن تطبيق القانون الدولي العام على عقد ليس كل أطرافه من أشخاص القانون الدولي لا يعد أمرا مثالا لتطبيق القانون السويسري على عقد مبرم بين أشخاص غير سويسريين. ففي الحالة الأخيرة. فإن الاختلاف بين الأشخاص السويسريين والأشخاص غير السويسريين هو اختلاف في الجنسية فقط وليس اختلافا في الشخصية القانونية. فكلاهما من أشخاص القانون الخاص وليس من أشخاص القانون الدولي. وعلى الرغم من أن هناك حقوقا معينة قد يحتفظ بها المواطنون فقط. فإن القوانين الوطنية عادة ما تعترف بالشخصية القانونية للأشخاص الخاصة بغض النظر عن جنسيتهم. وعلى ذلك يمكنهم أن يكتسبوا الحقوق وأن يتحملوا بالتزامات بمقتضى القوانين الوطنية في الدول الأجنبية. هنا بالإضافة إلى أن المقد المبرم بين الأشخاص غير السويسرية لا يختلف بصفة أساسية عن المقد المائل المبرم بين الأشخاص الخاصة السويسرية وبالتالي فإن القواعد السويسرية التي تنطبق على المقد الأخير يمكن أن تنطبق على المقد الأول إذا اختارها الأطراف. بينما في الحالة الأولى فإن الاختلاف بين الكيانات الذاتية التي تعد من أشخاص القانون الدولي والكيانات الذاتية التي لا تعد كذلك مسألة تتصل بالشخصية القانونية للكيان الذاتي وقدرته على اكتساب نفس الحقوق والتحمل بنفس الالتزامات التي يحددها القانون الدولي. وهي مسألة متميزة عن مسألة الجنسية. هنا بالإضافة إلى أن الاتفاقيات التي تبرم بين الدول تختلف بصفة أساسية عن العقود التي تبرم بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. بحيث أن القانون الذي يطبق على الأولى لا يمكن تطبيقه تطبيقا فعالا على الثانية (٢).

(١) راجع في نفس المعنى تقريرا: د. أحمد عشوش. المرجع السابق. ص ٨٧١ وميليسا.

(٢) في نفس المعنى راجع: د. أحمد عشوش. المرجع السابق. ص ٨٧٢ - ٨٧٤.

ثانيا: الرأى القائل بخضوع العقد للقانون الدولى باعتباره معاهدة دولية:

ذهب بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى القول بأن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة الأجنبية. والتي من أهمها عقود البترول - عبارة عن اتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولى العام الاتفاقي Droit conventionnel international public وذلك لتمتعها بالخصائص الآتية:

١ - إن هذه العقود عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية. حيث يتم إبرامها وفقا للأشكال والإجراءات التى تبرم وفقا لها المعاهدات الدولية. وبواسطة السلطات الوطنية المختصة وفقا للقانون الداخلى فى الدولة للإبرام المعاهدات.

٢ - إن هذه العقود تتضمن شروطا تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة فى اختصاصها الداخلى أو الإجراءات التشريعية التى من شأنها تعديل القانون وإلجاء التطبيق على المقد (وهى ما تسمى بشروط الثبات وعدم المساس).

٣ - كما تمتص هذه العقود على خضوع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنها إلى محكمة تحكيم دولية.

٤ - وأخيرا فإن هذه العقود تتضمن إرادة حقيقية للأطراف سواء أكانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون وإلجاء التطبيق أو ضمنية فى إخراج الاتفاق من اختصاص القانون الداخلى للدولة المتعاقدة.

(١) راجع هنا الرأى فى:

WENGLER (W.), Les accords entre Etats et entreprises étrangères Sont - ils des traités de droit international, R.G.D.I.P. 1972. PP. 316 - 317, N° 4; LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., PP. 209 - 210, N° 381; IBRAHIM (Y. A.), Op. Cit., PP. 289 - 290; LEDUCQ (X.), Op. Cit., PP. 90 - 91, N° 122 - 123.

ولمّا د. د. حنيفة كحلوف: العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص

ومع ذلك، يرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة والشركة الخاصة الأجنبية يندرج بالضرورة ضمن اتفاقات القانون الدولي العام. بل فقط الاتفاقات التي تبرم في مستوى مرتفع Niveau élevé وبناء عليه، فإن الاتفاقات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبي، بما في ذلك المتعلقة بالأنشطة الاقتصادية، لا ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام إلا إذا كان الشريك الخاص الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبي العادي. ولذلك لو كان الشريك الخاص الأجنبي فردا عاديا فإن أي دولة نامية، حتى وإن كانت فقيرة للغاية، لن تكون في حاجة لأن تتعاقد على هذا المستوى المرتفع وتنس على مثل هذه الشروط غير المعتادة. فهذا المستوى المرتفع لا يمكن بلوغه إذن إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركة تحوز قدرات وإمكانات مالية هائلة، فهذه الشركة وحدها هي القادرة على طلب امتياز يتروى مثلا، وهي وحدها القادرة على الحصول على مزايا ضريبية أو تثبيت للقانون واجب التطبيق، كما يمكنها إدراج شرط التحكيم الدولي لحسم المنازعات المحتملة التي يمكن أن تنشأ عن العقد.

خلاصة هذا الرأي أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التي تتوافر فيها الخصائص المذكورة - كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول محل الدراسة - تخضع للقانون الدولي العام الاتفاقي باعتبارها بمثابة معاهدات دولية.

### تقدير هذا الرأي:

تمرض هذا الرأي للنقد من عدة نواحي. فمن ناحية فإن المعيار المقترح للفرقة بين العقود ذات المستوى المرتفع والتي تخضع للقانون الدولي العام، والعقود ذات المستوى الأقل والتي تظل محكومة بالقانون الداخلي، معيار يقوم على التقدير الشخصي المحض appreciation purement subjectif ولا يمكن الاعتماد عليه في

تحديد الطبيعة القانونية لأية علاقة قانونية: فهذا المعيار يعطى للقوة الاقتصادية للشركة دورا حاسما إلى حد التأثير أو التحكم فى الطبيعة القانونية للمقد. هنا فى حين أن التكيف القانونى لملاقة قانونية معينة يجب أن يتأسس على معايير موضوعية بعيدة عن الضف أو القوة الاقتصادية للأشخاص أطراف الملاقة<sup>(١)</sup>. كما أن القول بوجود تدرج بين طائفة المقود البرمة بين الدول والشركات الأجنبية ينبع من رؤية غير دقيقة للواقع. صحيح أن كل المقود لا تساهم بنفس الدرجة فى التنمية الاقتصادية أو الصناعية للدولة. وأن المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبى يمكن - فى الغالب - أن تختلف بشكل ملموس من عقد إلى آخر. بيد أن ذلك لا يعد سببا كافيا للقول بأن البعض من هذه المقود يخضع للقانون الدولى العام. فى حين أن البعض الآخر يظل بالضرورة بعيدا عنه بسبب ضف أثره على اقتصاد الدولة المضيفة. إن مثل هذه التفرقة تبدو غير مبررة *injustifiée* لأن الغرض من المقد ليس هو الذى يجعل منه اتفاقا مماثلا للمعاهدة وخاصا للقانون الدولى<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثانية فإن الخصائص المختلفة التى تتمتع بها هذه المقود. والتى قال بها أصحاب هذا الرأى. ليست كافية وحدها لإنشاء طابع المعاهدات الدولية على هذه المقود.

فمن المسلم به أن اصطلاح المعاهدة - فى ظل الوضع الراهن للقانون الدولى العام - لا ينصرف إلا إلى الاتفاقات التى تبرم بين أشخاص القانون الدولى<sup>(٣)</sup>. وقد عرفت اتفاقية فيينا فى المادة الثانية منها المعاهدة

---

(١) انظر:

LEBOULANGER (Ph.): Op. Cit., p. 210, N° 383; IBRAHIM (Y.A.): Op. Cit., P. 291.

(٢) انظر:

LEBOULANGER (Ph.): Op. Cit., P. 210, N° 383.

(٣) راجع:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 45 et 46.



بأنها «اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب ويخضع للقانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر. وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه». ويتضح من ذلك أن المعاهدات لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولي، أي الدول والمنظمات الدولية. ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأفعال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي حتى ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه فإن عقود البترول البرمة بين إحدى الدول المنتجة (أو شركاتها العامة) وشركة خاصة أجنبية، أي بين أحد أشخاص القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي، لا يمكن إدراجها في عداد المعاهدات الدولية<sup>(٢)</sup>. وحتى وإن كان التفاوض وإبرام هذه العقود يتخذ أحيانا الشكل الرسمي الذي تبرم فيه المعاهدات (فهذه العقود أحيانا ما يتم التصديق عليها من قبل البرلمان ومجلس إدارة الشركة قبل نشرها في الجريدة الرسمية)، فإن شكل التصرف ليس بآثافي هذا الشأن، لأن التصرف لا يجري بين دولتين ذاتي سيادة، بل إن دولة واحدة هي الطرف في العقد<sup>(٣)</sup>.

ويمكننا أن نضيف إلى ذلك أن الدولة لا تتصرف هنا باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلي. فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، فهي تعد أحد أشخاص القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد. وكما يرى بعض الفقهاء<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد رشت، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٢) انظر في نفس المعنى: MUSTAPHA (M.). Op. Cit., P. 46. وأيضا: د. محمد طلعت النسي: تثير الأوضاع وعقد الاختيار البترولي، المرجع السابق، ص ١١٥. د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠. د. عبدالرحيم سيد، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٣) انظر:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 210, N° 383.

(٤) انظر: د. محمد طلعت النسي: الوسيط في قانون السلام، القانون الدولي العام أو قانون الأمم في زمن السلم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢١١. ويرى سيادته أن الدولة يمكن أن تقيم علاقات مع غيرها من الدول بوصف كل منهم شخصا من أشخاص القانون الداخلي - مثال ذلك أن تنفق مصر مع لبنان على شراء كمية من القمح اللبناني - ولا تخضع الدولة هنا لأحكام القانون الدولي التي تنظم نشاط الأشخاص الدولية.

فإنه يتمين التفرقة في تنظيم النشاط الذى تمارسه الدولة بين التصرفات التى تأتيتها بوصفها من أشخاص القانون الدولى. وبين تلك التى تأتيتها بوصفها شخصا من اشخاص القانون الداخلى. فعندما تتصرف الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولى. فإنها تخضع عندئذ لاحكام القانون الدولى وعندما تتصرف بوصفها من أشخاص القانون الداخلى فإنها لا تخضع لاحكام القانون الدولى التى تنظم نشاط الأشخاص الدولية باعتبارهم كذلك.

زد على ذلك أنه إذا كانت الدولة. فى بادئ الأمر. هى التى كانت تتولى بنفسها إبرام عقود البترول مع الشركات الأجنبية. فإن الأمر لم يعد كذلك الآن. فمنذ أن اتخذ عقد البترول صورة المشاركة. وأصبحت تتولى إبرام هذه العقود الشركات الوطنية فى بعض الدول. مثل الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) فى إيران. وشركة سونامارك الجزائرية فى الجزائر.

من ناحية ثالثة. فإن اللجوء إلى التحكيم ذى الطابع الدولى ليس من شأنه تدويل العقد. بمعنى إخضاعه للقانون الدولى العام. فلا يجب النظر إلى عقد ما على أنه عقد مدول internationalisé لمجرد أنه يتضمن شرطا لتسوية المنازعات. اللهم إلا إذا اعتبرنا أن محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد فى العقد محاكم دولية حقيقية. وهو ما لا يمكن التسليم به<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخيرة. فإن مجرد استبعاد القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. والنسب على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو القانون الدولى ليس معناه أن العقد قد أصبح معاهدة أو اتفاقا دوليا<sup>(٢)</sup>. فمن غير الممكن إدراج

(١) انظر:

BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 133, N° 108.

وفى نفس المعنى:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 210, N° 383

(٢) انظر: د. محمد طلعت النسيب. الوسيط فى قانون السلام.... المرجع السابق. ص ١٢٧ - ١٢٨. ويرى سيادته أن قواعد القانون الدولى تطبق على العقد فى هذه الحالة عن طريق الإسناد من القانون الداخلى إلى القانون الدولى. نفس المرجع المذكور. نفس الموضع.

الاتفاق في النظام القانوني الدولي لمجرد اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق القانون الدولي. وذلك مادام أن أحد أطراف هذا الاتفاق ليس من أشخاص القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن نخلس ما تقدم إلى أنه ليس في الشكل الذي يبرم فيه العقد، ولا في النص على استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، ولا في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ما يسمح بالتأكد على أن العقد المبرم بين دولة ما وشركة خاصة أجنبية (كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول محل الدراسة) يخضع للقانون الدولي العام الاتفاقى باعتباره بمثابة معاهدة دولية.

**ثالثاً: الرأي القائل باخضاع العقد للقانون الدولي باعتباره تصرفاً قانونياً دولياً من نوع جديد:**

ذهب الأستاذ (WEIL)<sup>(٢)</sup> إلى القول بخضوع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية - وخصوصاً عقود الاستثمار أو ما يسمى بعقود التنمية الاقتصادية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول - للقانون الدولي وذلك باعتبارها تصرفات قانونية دولية من نوع جديد.

وقد بدأ الأستاذ (WEIL) بالتأكيد على أن تدخل القانون الدولي في مجال العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية لم يعد اليوم محل شك. حيث أن هناك العديد من الوثائق الدولية التي تشهد اليوم على وجود العديد من نقاط الاتصال بين هذه العقود والنظام القانوني الدولي. من أهمها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ١٤ ديسمبر لسنة ١٩٦٢ المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية والذي أكد على أنه يجب تنفيذ الاتفاقات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية

---

(١) انظر:

WENGLER (W.), Les accords — Op. Cit., PP. 317 et 318.

(٢) انظر:

WEIL (P.), Problèmes relatifs — Op. Cit., P. 120 et SS.;  
Droit international et contrats d'État, Mélanges offerts à  
paul Reuter, Paris, pédone, 1981, P. 549 et SS.

بواسطة الدول ذات السيادة أو بين هذه الدول بحسن نية. كذلك أيضا فإن اتفاقية البنك الدولي المبرمة في واشنطن عام ١٩٦٥. قد نصت صراحة في المادة (١/٤٢) على تطبيق مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص<sup>(١)</sup>.

ثم أوضح هذا الفقيه مفهوم التدويل الذي ينادي به، مبينا أن التدويل معناه الاسناد المباشر للعلاقات التعاقدية بين الأطراف إلى القانون الدولي. كما أن للتدويل مدلول مزدوج لأن نتائجه تقع في آن واحد على صعيد العلاقات بين الدول وعلى صعيد العلاقات بين الأطراف أنفسهم. فعلى صعيد العلاقات بين الدول، فإن التدويل معناه أن عدم تنفيذ العقد يعد في ذاته ipso facto تصرفا مخالفا للقانون الدولي. وبهذه المثابة يشير المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة تجاه دولة المتعاقد الأجنبي. وعلى صعيد العلاقات بين الأطراف المتعاقدة فإن التدويل يعنى بصفة رئيسية أن عدم تنفيذ العقد سوف يقدر وفقا لمعايير des standards بميدة عن القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن عدم تنفيذ العقد قد يشير مسؤولية الدولة تجاه المتعاقد معها أمام هيئة قضائية غير وطنية، والتي يمكنها الحكم على الدولة لصالح المتعاقد معها حتى وإن كان عدم تنفيذ العقد يعد قانونيا بالنظر إلى قانونها الداخلي<sup>(٢)</sup>.

كما يرى أن التدويل بهذا المفهوم ليس عاما. ولا مطلقا. فمن ناحية فإن التدويل قاصر على اتفاقات التنمية الاقتصادية ولا يمتد إلى كل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. ومن ناحية ثانية فإن التدويل لا يشمل كل الروابط الناشئة عن العقد، فتطبيق القانون الدولي لا يمكن إلا أن يكون جزئيا. ولأن بعض أوجه الروابط التعاقدية الناشئة عن العقد تظل خاضعة في جميع الأحوال للقانون الوطني للدولة المتعاقدة. فهذا القانون الأخير هو الذي يحدد صحة العقد وينظم المسؤولية تجاه الغير

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit. PP. 120 et 121.

Ibid., PP. 157 - 158.

(٢) راجع:

والإجراءات الجزائية. وقواعد النقد والمحافظة على المواقع الأثرية ... الخ. ومن ناحية أخيرة فإنه يجب التشديد على أن التدويل لا يمتنى أن المقء قد أصبح مساويا بالمعاهدة الدولية كما لا يمتنى أن قواعد القانون الدولي التى تنطبق فيما بين الدول يتم تطبيقها بدون قيد ولا شرط على هذه المقود. فالمقء المدول لا يمكن اعتباره بمثابة معاهدة دولية. فهو بكل بساطة تصرف دولى من نوع جديد *un acte international d'un type nouveau*. والقانون الدولي الذى يطبق على المقء قد لا يكون بالتحديد هو نفس القانون الذى يحكم العلاقات فيما بين الدول. فهذه المقود تخضع لفرع جديد من فروع القانون الدولي ألا وهو القانون الدولي للمقود<sup>(١)</sup>.

وفى سبيل التأكيد على تدويل هذه المقود وإخضاعها للنظام القانونى الدولي. فرق الفقيه WEIL بين النظام القانونى الأساسى الذى يتأصل فيه المقء ويستند منه قوته الملزمة من ناحية. والقانون واجب التطبيق على المقء من ناحية أخرى. فهو يرى أن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود العولة سواء أكان عن طريق الاختيار من قبل الأطراف أو استخدام معايير أخرى فى حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار. يتوقف على الفصل فى مسألة أولية وهى تحديد النظام القانونى الذى يعطى للأطراف الحق فى اختيار القواعد القانونية واجبة الأعمال على المقء. ويبين كيفية تحديد هذه القواعد فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف المتعاقدة.

ويرى أن مسألة تحديد النظام القانونى الذى يندرج فيه المقء ويستمد منه صحته يتعين حلها فى البداية. أما مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على المقء فإنها تثور فى مرحلة لاحقة. أى بعد الفصل فى مسألة النظام القانونى الأساسى<sup>(٢)</sup>.

(١) ولجمع مع المزيد من التفاصيل:

WEIL (P.), *Problemes relatifs* ... Op. Cit., P. 187 - 188.

(٢) انظر:

WEIL (P.), *Droit international* ... Op. Cit., PP. 558 - 559,

Nº 7.

وذهب الفقيه إلى أن التفرقة بين النظام القانوني الأساسي الذي يحقق - بفضل قواعد التنازع التي يتضمنها - وظيفة الترجيح *une fonction d'aiguillage* نحو القواعد التي تحكم المقد وهذه القواعد ذاتها. تبدو أحد مفاتيح مشكلة عقود الدولة<sup>(١)</sup>.

فالتفرقة بين كل من هذين النظامين يأخذ في الحسبان الأدوار المتبادلة للعناصر الموضوعية والشخصية في تحديد النظام القانوني لهذه العقود. فإذا كان القانون واجب التطبيق على المقد يتوقف في المقام الأول على إرادة الأطراف، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنظام القانوني الأساسي الذي يعد تحديد من وظيفة العناصر الموضوعية للمقد.

وبينما يعد النظام القانوني الأساسي بالضرورة واحدا *unique* نظرا لاعتماده على معطيات موضوعية، فإن القانون واجب التطبيق على المقد، والذي يعتمد بصفة أساسية على إرادة الأطراف، يمكن أن يكون متعدد مادام أنه من الجائز للأطراف النص على تطبيق عدة قوانين على المقد. وتعد الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق والتي تنص على تطبيق أكثر من قانون على المقد متادة ومألوفة. كما أخذت العديد من محاكم التحكيم - منذ تحكيم لينا جولد فيلدز وحتى تحكيم البرتش بتروليم وتكساكو وليامكو - بتجزئة المقد وإخضاعه لقوانين متعددة. كما أخذت بهذه التجزئة أيضا الترسية الصادرة عن مجمع القانون الدولي عام ١٩٧٩ والتي أجازت للأطراف اختيار إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة في هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر القانونية<sup>(٢)</sup>.

ويجب النظر إلى المقد المتأصل أو الراسخ *enraciné* في النظام

(١) انظر:

WEIL (P.), *Droit international ... Op. Cit.*, P. 561 N° 9.

*Ibid*, PP. 561 - 562, N° 9 - 11.

(٢) راجع:

القانونى الدولى على أنه تصرف قانونى دولى حقيقى. وتشكل عقود الدولة التأسلة أو الراسخة فى النظام الدولى طائفة خاصة من التصرفات القانونية الدولية توجد إلى جانب المعاملات الدولية والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة للدول أو المنظمات الدولية. أما المقد الذى يخضع فقط للقواعد الموضوعية للقانون الدولى فلا يعد لهذا السبب فقط تصرفا قانونيا دوليا<sup>(١)</sup>.

وقد يتطلب النظام القانونى الأساسى والقانون واجب التطبيق على المقد. كما هو الحال فى قضية القروض الصربية. فالمقد كان راسخا فى النظام القانونى الرمنى وكان خاضعا لنفس القانون. ولكن مع ذلك من الممكن أن يختلفا كما هو الحال فى قضية تكساكو. فالمقد كان راسخا فى النظام الدولى مع أنه كان خاضعا لقواعد قانونية مستمدة من أنظمة قانونية متعددة. ومن ثم يمكن القول بأن وجود شرط فى المقد يحدد القانون واجب التطبيق لا يعنى من تحديد النظام القانونى الأساسى بواسطة المعطيات الموضوعية للمقد ذاته. على أن ذلك لا يعنى عدم وجود صلة بين كل من النظامين. ففى حالة عدم وجود اختيار سريع من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على المقد. يمكن القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو إخضاع المقد للقواعد الموضوعية فى النظام القانونى الأساسى ذاته. نفس الشيء. فإن اختيار الأطراف لهذا القانون أو ذاك ليحكم المقد يمكن أن يعد أحد العناصر الموضوعية التى من المناسب أن تأخذ فى الاعتبار لتحديد النظام القانونى الأساسى<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهب الفقيه إلى القول بأن التمييز بين النظام القانونى الأساسى grundlegung والقانون المناسب proper law ليحكم المقد يسمح بإدراك أو تفهم الشكلة الرئيسية للعقود التى تكون الدولة طرفا فيها. ألا وهى درجة السيطرة أو الهيمنة التى تتمتع بها الدولة المتعاقدة تجاه المقد. ففى أول الأمر. فإن سلطة الدولة تجاه الرابطة التعاقدية تتوقف على القانون

(١) انظر:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., P. 562 N° 12.

Ibid, P. 563, N° 13

(٢) انظر:

الموضوعى واجب التطبيق على المقدم مادام أنه هو الذى يحدد ما إذا كان بمقدور الدولة تعديل الشروط التعاقدية ووضع نهاية للعقد قبل الأوان بإرادتها المتفردة. فلو أن عقدين متأسلين *racinies* فى النظام القانونى الوطنى، بيد أن أحدهما خاضع للقواعد الموضوعية لهذا النظام والآخر خاضع للقواعد الموضوعية فى القانون الدولى، فلن المشاكل الناجمة عن ممارسة الدولة المتعاقدة لامتيازاتها السيادية تكون محسومة طبقا للقانون الوطنى فى الفرض الأول. وطبقا للقانون الدولى فى الفرض الثانى. وهنا هو ما عبرت عنه الفقرة الأخيرة من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولى عام ١٩٧٩ بقولها «إن القواعد القانونية المختارة طبقا للمواد السابقة تفصل فى مسائل السولية التعاقدية بين الأطراف. وخصوصا تلك التى تثار بمناسبة ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية بالمخالفة لالتزام تكون قد تهمت به تجاه الطرف الآخر المتعاقدا معها» (١).

ومع ذلك، فإن الموقف النهائى لهذه المسألة يعتمد على النظام القانونى الأساسى، فأيا ما كانت القاعدة الموضوعية التى تحكم العقد، فهذه القاعدة ليست سوى قاعدة إحالة أو إشارة *Renvoi ou Référence*. وهذه الإحالة يمكن أن تكون كأن لم تكن، أو على الأقل معطلة، بموجب قاعدة أمر فى النظام القانونى الأساسى. وعلى ذلك فإنه بالنسبة للعقد الذى يكون راسخا فى النظام القانونى الوطنى ويتضمن شرطا يحيل إلى القانون الدولى، فإن هذا لا يمنع القانون الوطنى من اعتبار هذا الشرط كأن لم يكن. إذ أنه هو الذى أسس الإحالة إلى القانون الدولى وهو الذى يظل السيطر عليها. وبالنسبة للعقد المحكوم بالقواعد الموضوعية فى القانون الوطنى ويتضمن شرطا ينص على تثبيت هذا القانون فى تاريخ محدد أو شرطا ينص على تنازل الدولة عن ممارسة سلطاتها فى تعديل العقد أو إنهائه من جانب واحد، فإنه فى الفرض الذى يكون فيه العقد - وفى هذا الفرض فقط - راسخا فى النظام الدولى، فإن هذا الشرط يكون له كامل قوته. بينما

(١) انظر.



فى الفرض الذى يكون فيه المقء راسخا فى النظام الوطنى. فإن هذا الأخير يمكنه تمطيل هذا الشرط مقررا. على سبيل المثال. مخالفته للنظام العام<sup>(١)</sup>.

ولهذا فإن الدول الثامية لو قبلت عند الاقتضاء أن لا يكون القانون الذى يحكم المقء مقصورا على القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. بيد أنهم يعترضون غالبا على أن تكون عقود الاستثمار منظورا إليها على أنها متاملة فى النظام القانونى الدولى. أى فى نظام لا يكون فيه لهذه الدول الكلمة الأخيرة<sup>(٢)</sup>.

ويرى الفقيه أن النظام القانونى الأساسى هو الذى يفصل فى مسألة صحة الشروط التى تحدد القانون واجب التطبيق عندما يثور الشك حولها. بينما يفصل القانون واجب التطبيق فى مسألة تحديد مضمون هذه الشروط والآثار التى تترتب عليها. فمسألة ما إذا كان يجوز للأطراف أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق. وما إذا كان يجوز لهم اختيار القانون الدولى كقانون واجب التطبيق. تخضع للنظام القانونى الأساسى grundlegung. بينما الشرط الذى ينس على اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون أو مبدأ حسن النية وما إذا كان من شأنه تطبيق القانون الدولى أو نظام قانونى ثالث مثل قانون عبر الدول أو قانون التجارة الدولية lex mercatoria. وما إذا كان وجود شرط التحكيم فى المقء يمكن أن يفسر على أنه دلالة على اتجاه إرادة الأطراف نحو إخضاع المقء لقانون غير وطنى. وما هو مضمون قواعد القانون الدولى واجبة التطبيق. فكل هذه المسائل تخضع للقانون واجب التطبيق<sup>(٣)</sup>.

كما يرى أيضا أنه بالتمييز بين النظام القانونى الأساسى والقانون

(١) نظري:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., P. 564 - 565.  
N° 14.

Ibid. P. 565, N° 14.

Ibid. P. 565 - 566, N° 15.

(٢) راجع:

(٣) راجع:

واجب التطبيق يمكن التفرقة بين نوعين من العقود الخاصة للقانون الدولي. العقد الذى يخضع للقانون الدولي بموجب إرادة الأطراف ويمكن أن نطلق عليه تعبير العقد الدولي *contrat internationalisé*. والعقد المتأسل بطبيعته ومضمونه فى النظام الدولي، ويعتبر تصرفاً قانونياً دولياً، ويمكن أن نطلق عليه تعبير العقد الدولي *contrat de droit international*. وقد يحدث أن يكون العقد دولياً ومدولاً فى آن واحد، كما يتصور أيضاً أن يتصف بإحدى هاتين الصفتين دون الأخرى. وبناء عليه فإن الوظيفة التى يمكن أن يؤديها القانون الدولي فى مجال عقود الدولة تعد وظيفة مزدوجة. فالقانون الدولي يمكن أن يكون محلاً لاختيار الأطراف كقانون يحكم العقد. كما يمكنه أيضاً أن يكون أساساً لهذا الاختيار باعتباره النظام القانونى الأساسى (١).

ولكن السؤال الذى يفرض نفسه بعد ذلك كله هو هل توجد فى الواقع عقود الدولة التى تجد أساسها فى النظام القانونى الدولي. ومن ثم يمكن القول بأنها تعد تصرفات قانونية دولية بمعنى الكلمة؟

أجاب الفقيه عن هذا السؤال بالقول إن الأخذ فى الاعتبار المعطيات الموضوعية والقانونية والسياسية والاقتصادية التى يتوقف عليها النظام القانونى الأساسى، يؤكد أن تأصل *L'enracinement* بعض العقود التى تبرمها الدولة فى النظام القانونى الدولي يعد مطابقاً لطبيعة الأشياء.

وتعتبر المعطيات القانونية *Les données juridiques* معبرة فى هذا الخصوص. فإذا كان من المتصور - حتى وقت قريب - النظر إلى عقد الدولة *contrat d'État* وكأنه عالم مفلق *un monde clos*، وكأداة مستقلة تعرف وحدها فقط حقوق والتزامات الأطراف - وهو ما قاد إلى القول بنظرية العقد بدون قانون - فليس الأمر كذلك الآن. وبصفة خاصة بالنسبة لعقد الاستثمار. ففي معظم الأحيان، يبدو هذا العقد وكأنه مجرد

(١) قطر:

حلقة في سلسلة عملية استثمار مركبة تتضمن تصرفات قانونية ذات طبيعة مختلفة، بحيث تكون حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة معروفة ليس فقط في الأداة التعاقدية بالمعنى الدقيق، بل أيضا في الأعمال القانونية المتنوعة التي تحيط بها وتدعمها.

ومن بين الأعمال القانونية التي يرتبط بها العقد ارتباطا لا يقبل الانفصال تبرز إلى جانب الأعمال ذات الطابع الداخلي (مثل التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمارات)، المعاهدات الدولية والتي تشكل دعامة Support الروابط الدولية التي لم يعد العقد سوى مجرد أحد مكوناتها. والنموذج الأكثر تعبيرا في هذا الصدد، الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات والتي تتعهد الحكومة بمقتضاها بعدم السلب (بطريق التأميم مثلا) بالاستثمارات المنفذة بواسطة رعايا الدول الأخرى<sup>(١)</sup>. هذا إلى جانب قرارات المنظمات الدولية المتعلقة بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد والتي تحمل تأكيدا غير مباشر على ارتباط هذه العقود بالنظام القانوني الدولي. وذلك لأن هذه المنظمات لو كانت ترى عدم وجود صلة بين عقود الاستثمار والنظام القانوني الدولي، لما كانت قد أقدمت على وضع مبادئ تتعلق بهذه العقود<sup>(٢)</sup>.

كما تيسر العمليات السياسية والاقتصادية politico économiques في نفس الاتجاه. فإذا كان صحيحا أن عقود الاستثمار الكبرى تضع من الناحية القانونية الدولة المضيفة في مواجهة الشركة الخاصة الأجنبية، بيد أنها غالبا ما تشير في الواقع العلاقات السياسية بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي في مجملها. وإذا كان المستثمر الأجنبي يتخذ شكل الشركة الخاصة، فإن وراء هذه الشركة غالبا ما يرتسم se profile ظل أو خيال la silhouette حكومته التي تحميه وتحدد له سياسته.

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., PP. 572 - 574  
N° 22-24.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل: Ibid, PP. 575 - 576, N° 25.

فمن ناحية نجد أن دولة المستثمر تبحث عن أسواق لشركاتها من أجل ضمان وجود وظائف لرعاياها ولزيادة نمو اقتصادها الوطنى أو تحلوه إيجاد بعض التوفيق السياسى فى الدولة المضيفة عن طريق تواجدها الاقتصادى على إقليم هذه الدولة. وعلى الجانب الآخر، نجد أن الدولة المضيفة تفضل التعامل مع شركات دولة معينة بدلا من شركات دول أخرى. هذا الاختيار والتفضيل يرجع لأسباب من طبيعة سياسية وعوامل اقتصادية. وقد تم إبرام الكثير من العقود بين حكومات الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب بمساعدة السلطات الحكومية فى دولهم، ويزودنا الواقع تسلسل بالكثير من هذه الأمثلة<sup>(١)</sup>.

وانتهى الفقيه «WEIL» إلى القول بأن هناك العديد من عقود الدولة بطريقة إبرامها أو بالشروط التى تتضمنها أو بتنفيذها ليست سوى الجانب الظاهر *la partie apparente* للعلاقات السياسية لكل من الدولتين والى تعد هذه العقود جزءا لا يتجزأ منها ولا يقبل الانفصال عنها. فالمعقود البرمة بين الدول والرعايا الأجانب تندرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية. ويقع مركز ثقلها فى المحيط الدولى. وما دام أن الحقيقة الاقتصادية *la vérité économique* لهذه العقود تصطبغ بالمطابع الدولى، فلماذا لا تتطابق معها إذن الحقيقة القانونية *la vérité juridique* فمنذ اللحظة التى يدور فيها العقد فى المحيط السياسى والاقتصادى الدولى، فإن الواقعية *le réalisme* تقتضى ترتيب النتائج على الصعيد القانونى والنظر إلى العقد باعتباره راسخا فى النظام القانونى الدولى الذى ينتهى إليه العقد بكل عناصره. بحيث لا يعد تأمل العقد *L'enracinement du contrat* فى النظام القانونى الدولى أمرا خياليا، بل على العكس إن القول بتأمل العقد فى النظام الداخلى ينكر الواقع ويعزل بشكل صطنع العلاقات التعاقدية عن محيطها السياسى والاقتصادى فيما بين الدول<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

WEIL (P.), *Droit international* ... Op. Cit., PP. 576 - 579  
N° 26-27.

*Ibid*, PP. 579 - 580, N° 28.

(٢) راجع:

## تقديم هذا الرأى:

تعرض هذا الرأى للتقد من عدة وجوه:

١ - فمن ناحية التفرقة بين النظام القانونى الأساسى والقانون واجب التطبيق على العقد: تصدى الأستاذ «MAYER»<sup>(١)</sup> لهذه الفكرة مبينا غرابة الحلول التى قررها الأستاذ «WEIL» صاحب هذه الفكرة. وعدم نفعية هذه الفكرة فى بعض الحالات. وكذلك تحذر استخدامها فى حالات أخرى.

وتبدو غرابة الحلول التى قررها صاحب هذه الفكرة فى حالة العقد المتأصل فى النظام القانونى الدولى. لأن العقد فى هذه الحالة يجب أن ينظر إليه على أنه تصرف قانونى دولى حقيقى. ومن ثم يجب أن يخضع لقواعد القانون الدولى لاسيما وأن تأصل هذه العقود فى القانون الدولى على نحو ما أوضح الأستاذ WEIL يستند إلى طبيعتها باعتبارها عقود تنمية اقتصادية وإلى مصليات سياسية واقتصادية. بيد أن الأستاذ WEIL قد أوضح فيما بعد أن القانون الدولى للعقود يكون واجب التطبيق فى حالة واحدة فحسب هى حالة اختيار الأطراف له كقانون يحكم العقد. وعلى ذلك أليس من المستغرب أن التسرف القانونى الدولى الذى لا يخضع بذاته لقواعد القانون الدولى. يمكن أن يخضع لهذه القواعد بموجب إرادة الأطراف وحدها. وأليس غريبا أيضا أن القانون الدولى للعقود يطبق على العقود التى تنتمى بطبيعتها إلى قانون وطنى طالما تم اختياره بواسطة الأطراف. ولا يطبق على العقود التى تنتمى إلى القانون الدولى بطبيعتها طالما لم يتم اختيار هذا القانون صراحة أو ضمنا لحكم هذه العقود<sup>(٢)</sup>.

وتبدو عدم نفعية هذه الفكرة فى الفرض الذى نقدر فيه أن العقد

(١) انظر:

MAYER (P.), Le mythe de l'ordre juridique de base (Ou Grundlegung), études offertes à B. Goldman, 1982, P. 199.

Ibid, PP. 210 et 211.

(٢) انظر:

خاضع بتطبيعته إلى القانون الدولي. إذ أن المقد في هذا الفرض يكون متأصلا في هذا النظام القانوني. ومن ثم لا يكون هناك محلا بعد ذلك للبحث في داخل هذا النظام عن قاعدة الإسناد التي تسمح بتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، أي البحث عن قاعدة تؤدي نفس الدور الذي تقوم به قاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص. لأن قاعدة التنازع لا تتدخل إلا لفرض التنازع بين القوانين، وذلك في حالة اتصال المقد بأكثر من قانون. وفي هذا الفرض الذي نحن بصدده فإن المقد ينتمي إلى القانون الدولي وحده.

إن الأسباب التي أدت إلى تقرير أن المقد ينتمي إلى القانون الدولي بكل عناصره، والامتناع بعدم عزل العلاقات التعاقدية عن محيطها السياسي والاقتصادي الدولي - على نحو ما أوضح الأستاذ WEIL - تستبعد بالضرورة إمكانية انتفاء المقد إلى نظام قانوني آخر. وبهذا تتنى وظيفة التوزيع *dispatching* التي يدعى بأنها من خصائص النظام القانوني الأساسي. ومن هنا تبدو فكرة النظام القانوني الأساسي لا معنى لها ولا طائل من ورائها (١).

كما يتعذر استخدام هذه الفكرة في الفرض الذي لا يكون فيه المقد متأصلا في القانون الدولي. إذ أنه لا يكفي - في الواقع - القول بأن المقد يكون متأصلا في النظام القانوني الوطني. بل يجب أيضا تحديد هذا النظام القانوني الوطني الذي يعد بمثابة النظام القانوني الأساسي للمقد، وذلك لأننا نكون بصدد نظامين قانونيين على الأقل: النظام القانوني للدولة المتعاقدة، والنظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة الآخر. وبهذا تثار مشكلة تحديد النظام القانوني الأساسي. ولحل مشكلة اختيار هذا النظام لابد من وجود قاعدة تحكم هذا الاختيار. وهنا يجب أن نرتفع درجة فوق النظام القانوني الأساسي. ولكن القاعدة التي تحدد النظام القانوني الأساسي قد تنتمي إلى

(١) انظر: MAYER (P.), *Le mythe* ... Op. Cit., P. 212 et 213.

هذا النظام أو ذاك من الأنظمة القانونية المعنية ألا وهي النظامان القانونيان الوطنيان والنظام القانوني الدولي. وربما أيضا نظام قانوني ثالث. وبالتالي يجب أيضا أن ترتفع درجة أخرى وهكذا. ولوضع نهاية لهذه المشكلة يجب أن نقرر منذ البداية أن القاضى أو المحكم المطروح عليه النزاع هو الذى يقوم بنفسه باختيار القانون الذى يحكم المقد، وذلك بالتطبيق لقاعدة التنازع المفروضة عليه لو كان قاضيا، أو تلك التى تبدو له ملائمة إذا كان محكما. وفى هذا النفى التام لفكرة النظام القانوني الأساسى<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن غالبية الفقهاء<sup>(٢)</sup> أعضاء اللجنة الواحدة والمشرين المختصة لبحث مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية قد أعربوا، أثناء أعمال مجمع القانون الدولي فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧، عن رفضهم للفرقة بين القانون الذى يحكم المقد والنظام القانوني الأساسى الذى يستمد منه العقد قوته الملزمة. بل لقد وصف بعضهم<sup>(٣)</sup> هذه التفرقة بأنها مصطنعة وليس لها أية فائدة من الناحية العملية. وحتى بالنسبة للفقهاء الذين قبلوا هذه التفرقة فإنهم يرون أن القانون الدولي العام - فى حالته الراهنة - لا يعد نظاما فعالا للإسناد بحيث يجوز للأطراف أن يستمدوا منه القوة الملزمة لتقديم<sup>(٤)</sup>.

Ibid., P. 213.

(١) انظر:

(٢) راجع ملاحظات كل من: Mann, Monaco, Seidl-Hohenveldten فى:

A.I.D.I., 1977, 11, P. 228 et SS.

(٣) انظر ملاحظات الأستاذ: Seidl-Hohenveldten, فى:

A.I.D.I., 1977, 11, P. 233.

حيث يذكر أن:

« Cette distinction assez artificielle est pratiquement sans importance ».

وفى نفس المعنى انظر:

LALIVE (P.), L'État en tant que ... Op. Cit., P. 323, N° 9 et 10.

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 226, N° 404.

(٤) انظر:

بالإضافة إلى ذلك تجاهل جميع القانون الدولي في التوسية التي أسدرها في دور انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩، الأخذ بهذه الفكرة، وأخذ بشكل مباشر مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق باعتباره من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص. فقد تضمنت ديباجة التوسية أنه في حالة العقد المبرم بين دولة ما وشخص خاص أجنبي فإن المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص تجيز للأطراف تحديد القانون الذي يحكم العقد. وبناء عليه نست المادة الأولى من هذه التوسية على أن «المقود المبرمة بين دولة ما وشخص خاص أجنبي تخضع لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف وفي غياب مثل هنا الاختيار، تخضع لقواعد القانون التي يرتبط بها المقد برابطة أكثر وثاقة».

وبهذا يكون المجمع قد أخذ في المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة، وفي المقام الثاني بنظرية التوطين الموضوعي التي تقضى بتطبيق القانون الأكثر اتصالا بالمقد. ونخلص من ذلك إلى أن مجمع القانون الدولي قد رفض الأخذ بفكرة النظام القانوني الأساسي<sup>(١)</sup>.

٢ - ومن ناحية القول بأن المقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، وخاصة ما يطلق عليه اتفاقيات التنمية الاقتصادية كما هو الحال بالنسبة لمقود البترول، تعد تصرفات قانونية دولية من نوع جديد فإن هنا القول لا يتفق مع القانون الدولي في حالته الراضة. فمن المعروف أن الأعمال القانونية الدولية تنقسم إلى نوعين:

أ - تصرفات قانونية تصدر من جانب واحد، أي تلك التي تعد تعبيراً عن إرادة شخص قانوني دولي واحد. ومن قبيل تلك التصرفات التنازل، والاحتجاج، والاعتراف ... الخ.

(١) في نفس المعنى راجع:

HASSAN (A.W.), Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, Thèse, Bourgogne, 1997, PP. 73 - 74.



ب - التصرفات القانونية التي تصدر من جانبين أو أكثر. وهي التصرفات التي تتم باتفاق بإرادتي شخصين قانونيين أو أكثر. ويطلق على هذه التصرفات مسميات مختلفة كالمعاهدة، واليثاق، والاتفاق، والاتفاقية، والبروتوكول. غير أنه قد جرى العرف الدولي يزيده في ذلك غالبية الفقهاء على استعمال تعبير (المعاهدة) كتعبير يطلق على التصرفات القانونية الدولية التي تصدر عن إرادتي شخصين دوليين فأكثر، والتي تحكمها قواعد القانون الدولي<sup>(١)</sup>.

وترتبط على ما تقدم يمكن القول بأن القانون الدولي لا يعرف سوى نوع واحد من الاتفاق، وهو ذلك الذي يتخذ شكل المعاهدة الدولية. ولما كانت العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية - باعتراف الأستاذ WEIL نفسه ليست من قبيل المعاهدات المبرمة بين الدول، فإنها لا تخضع للقانون الدولي، ولا تشكل عقود البترول استثناء على هذه القاعدة<sup>(٢)</sup>.

٢ - وفيما يتعلق بالبرورات القانونية التي يرى الأستاذ WEIL أنها تكشف عن تأصل عقود التنمية الاقتصادية التي تبرمها الدول والأشخاص الأجنبية في النظام القانوني الدولي، فإنها تبدو لنا مبررات غير مفعمة، بل وأحيانا ما تنطوي على شيء من المغالطة.

فمن جهة، إن القول بارتباط العقد بالتشريعات الداخلية في الدول المتعاقدة لا يكشف عن تأصل هذا العقد في النظام القانوني الدولي بقدر ما يكشف عن تأصله في النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة.

ولقد أثارت مسألة أثر التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية انتباه مجمع القانون الدولي أثناء مناقشة مسألة القانون الذي يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية في حلته المنعقدة بأوسلو

(١) راجع: د. أحمد رافت، المرجع السابق، ص ٢٨٩، ٢٩٠.

(٢) انظر في نفس المعنى: AIT CHAALAL (M.S.), Op. Cit., P. 107.

عام ١٩٧٧، حيث ثار التساؤل عما إذا كان وجود تشريع فى الدولة المتعاقدة يتعلق بالاستثمارات الأجنبية الخاصة له تأثير على مسألة القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والشخص الأجنبى.

وإذا كان أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين - المكلفة بمناقشة هذه العقود - قد أعربوا عن وجهات نظر مختلفة، بيد أن أيا منهم لم يدع أن ارتباط العقد بهذه التشريعات يكشف عن تأصله فى النظام القانونى الدولى، بل على العكس من ذلك، فإن غالبية أعضاء اللجنة قد رأوا أن العقد فى هذه الحالة يخضع للقانون الداخلى للدولة المتعاقدة مالم يوجد شرط سريخ مخالف<sup>(١)</sup>.

ومن جهة ثانية، فإن المعاهدات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية وإن كانت تعبر عن الأهمية المتزايدة لرؤوس الأموال الخاصة فى الاقتصاد العالمى، غير أنها لا تضى على عقود الاستثمار طابع التصرفات القانونية الدولية.

كما إن دراسة هذه المعاهدات تسمح بالتأكد على أن هذه العقود تخضع فى المقام الأول للقانون الداخلى. وقد يتم النس على ذلك صراحة فى بعض الأحيان، وقد يستفاد ضمنا من خلال الإحالة إلى القواعد الوطنية فى الغالب الأعم من الحالات. كذلك عندما لا تفرد المعاهدة للحقوق المتولدة عن العقد بمعاملة خاصة، فإن ذلك يعنى خضوعها للقوانين الداخلية، طالما أن أطراف المعاهدة لم يعبروا عن إرادة واضحة فى إخضاعها للقانون الدولى<sup>(٢)</sup>.

ومن جهة ثالثة، فإن التمسك بقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بالإبادة الدائمة على الثروات الطبيعية، وإنشاء نظام اقتصادى دولى جديد، بنية التأكد على تمويل العقود المتعلقة باستغلال هذه الثروات

(١) انظر السؤال رقم (١) الذى طرحه الأستاذ VAN HECH مقرر اللجنة، وإجابة الأعضاء عن هذا السؤال فى: A.I.D.I., 1977, 11, P. 201 etSS.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 89, N° 57.

وإخضاعها للقانون الدولي. أمر ينطوي على شيء من المناقطة. ويكفى في هذا المقام أن تشير إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء<sup>(١)</sup>، من أن تقرير حق السيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية، بما في ذلك الثروات البترولية، لا يجعل من التعاقد على استغلال هذه الثروات نشاطا يحكمه القانون الدولي، بل على العكس يدخله في صميم الاختصاص الداخلي للدولة المتعاقدة. لأن القانون الدولي إنما يعمل على سيادة واحترام السيادة القانونية للدولة. ولأن ما رتبته قرارات الأمم المتحدة ليس تغييرا في طبيعة عقد الامتياز البترولي، وإنما هو تقرير لحماية إضافية يكفلها القانون الدولي للدولة ضد أى عدوان أو انتهاك من الغير لهذه الحقوق.

ومما يؤيد وجهة النظر هذه تصريحات ممثلي الدول عند إعداد هذه القرارات، والتي يتجاهل أنصار التنويل الإشارة إليها. فالدول الاشتراكية (آنذاك) ودول العالم الثالث اهتمت في كل مرة تشور فيها هذه المسألة بالتأكيد على أنهم يعتبرون العقود البرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبى بمثابة عقود داخلية. ولم يختلف موقف الدول المتقدمة في هذا السدد. فقد كان محور اهتمام هذه الدول طوال المناقشات هو احترام الحد الأدنى المقرر للأجانب، وبالقيود التي يفرضها القانون الدولي على السلطات السيادية للدولة. بيد أن ذلك كان من خلال النظرة التقليدية للعلاقات فيما بين الدول. ففي الواقع، لا يوجد أى تصريح من تصريحات هذه الدول يمكن تفسيره على أنه يحمل تأكيدا من أى نوع للنظريات الفقهية التي تنادي بتحويل هذه العقود.

ومن ثم، فإن الخلاف الجذرى بين الدول النامية والدول المتقدمة كان يدور حول مضمون التزامات الدولة بشأن معاملة الأجانب وليس على مسألة التطبيق المباشر للقانون الدولي على هذه العقود، مادام أن كلا من الطرفين كان ينظر إلى العقد على أنه تصرف قانونى داخلى<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: د. محمد طلعت الفنى، تغير الأوضاع .... المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) راجع في ذلك: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 85 et S. N° 61.

ومن جهة رابعة. فإن التمسك بنس المادة (٤٢) من اتفاقية البنك الدولي كدليل على تمويل المقدم وتوطينه في النظام القانوني الدولي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. ذلك أنه من الثابت أن المادة (٤٢) لا تنس على اللجوء إلى القانون الدولي إلا في حالة عدم وجود اختيار من قبل الأطراف للقواعد القانونية واجبة التطبيق على المقدم. وإذا كانت الاتفاقية قد أجازت لمحكمة التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي. فليس معنى هذا أن كل عقد تخضع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم لدى المركز يخضع بالضرورة للقانون الدولي العام. فاتفاقية البنك تضمني العديد من الضمانات على عقود القانون الداخلي. بيد أنها لا تنشئ تصرفات قانونية دولية. إن القول بغير ذلك سيكون مخالفاً لنس المادة (٤٢) والتي تشير. في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف. إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في المقام الأول<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للمعطيات السياسية والاقتصادية - *Politico économiques* والتي أجهده الاستاذ WEIL نفسه في بيانها. فيكفي الرد على ذلك بالقول بأن مثل هذه الأمور وإن كانت تبرز بوضوح الأهمية الكبرى لهذه العقود. نظراً لأهمية الثروة المتعلقة بها. بالنسبة للدول المتقدمة والدول المنتجة على حد سواء. بيد أنه لا شأن لها في تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود وتحديد النظام القانوني الحاكم لها.

---

(١) راجع: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 79, N° 56. حيث يقول: «on peut considérer comme possible l'application du droit international par un tribunal C.I.R.D.I. est - ce à dire que tout contrat soumis à cet organisme serait nécessairement régi par le droit des gens? nous ne le pensons pas. A notre sens, la convention BIRD confère des garanties aux contrats de droit interne, mais ne crée pas d'actes juridiques internationaux ... toute autre conception serait contraire au texte de L'article 42 qui, à défaut d'accord entre les parties, renvoie en premier lieu au droit de l'État contractant».

نخلص مما تقدم إلى عدم صلاحية الأسايد التي تصك بها أنصار الاتجاه القائل بإخضاع المبرمة بواسطة الدولة أو الأشخاص العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية للقانون الدولي العام.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي، ومحكمة العدل الدولية فيما بعد، قد رفضت تدويل هذه العقود.

ففي قضية القروض السورية والبرازيلية، فإن المحكمة الدائمة للعدل الدولي في حكمها الصادرين في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ أكدت على أن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي. يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما. وأن مسألة معرفة ماهو هذا القانون تعد جزءا من القانون المعروف اليوم باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين<sup>(١)</sup>.

وقد سارت على نفس النهج أيضا محكمة العدل الدولية، ففي قضية الشركة الأنجلو إيرانية للبترول، رفضت محكمة العدل الدولية وجهة نظر المملكة المتحدة التي مفادها أن عقد البترول المبرم في ٢٩ إبريل لسنة ١٩٢٢ بين حكومة إيران والشركة الأنجلو إيرانية يعتبر ذا طبيعة مزدوجة، بمعنى أنه يعد عقدا بين حكومة إيران والشركة من ناحية ومعاملة بين حكومة إيران وحكومة المملكة المتحدة من ناحية أخرى، مؤكدة على أن هذا العقد ليس سوى عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة خاصة أجنبية، وذلك بقولها «إن المحكمة لا يمكنها أن تقبل الرأي القائل بأن العقد المبرم بين حكومة إيران والشركة الأنجلو إيرانية له طابع مزدوج. إن هذا العقد ليس سوى عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة خاصة أجنبية، ولا توجد أي علاقة تعاقدية بين الحكومة الإيرانية وحكومة المملكة المتحدة. فموجب هذا العقد لا تستطيع حكومة إيران أن تطالب المملكة المتحدة بأية حقوق لها تجاه الشركة، كما لا يمكنها الادعاء برفانها

أمام المسلكة المتحدة بالالتزامات التي تتحمل بها تجاه الشركة. إن المستند الذي يحمل توقيع ممثلي الحكومة والشركة لا يستهدف سوى غرضاً واحداً هو تنظيم العلاقة بين هذه الحكومة وتلك الشركة فيما يتعلق بالامتياز ولا ينظم بأي شكل من الأشكال العلاقة بين كل من الحكومتين<sup>(١)</sup>.

وإزاء الاستعدادات التي وجهت إلى الاتجاه القائل بإخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام، ذهب جانب من الفقه إلى القول بإخضاع هذه العقود لنظام قانوني ثالث. وهو الاتجاه الذي سنعرض له في الصفحات التالية.

### **المطلب الثالث**

#### **إخضاع العقد لنظام قانوني ثالث**

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول. لنظام قانوني ثالث مستقل عن القوانين الوطنية والقانون الدولي العام. بيد أنهم قد اختلفوا فيما بينهم بشأن تحديد المقصود بهذا النظام. ويمكن التمييز في هذا الصدد بين أربعة آراء: الرأي القائل بفكرة القانون الذاتي للعقد. والرأي القائل بتطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتعددة. والرأي القائل بتطبيق قانون عبر الدول. والرأي القائل بتطبيق قانون التجارة الدولية. ونعرض فيما يلي لهذه الآراء تباعاً.

#### **أولاً: الرأي القائل بفكرة القانون الذاتي للعقد:**

ذهب جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن العقود التي تبرمها الدولة مع

(١) انظر الحكم في: G.I.J., 22 Juillet 1952, Recueil 1952, P. 112.

(٢) راجع في هذا الرأي:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., PP. 177 - 178;

EL-KOSHERI (A.S.), La Notion de contrat international, these, Rennes, 1962, P. 600 etSS. Spéc. P. 604 etS; Le régime juridique ..., Op. Cit., P. 288; stabilité et évolution ..., Op. Cit., 290. MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 67 etSS;

LEDUCQ (X.), Op. Cit., P. 223 etSS.

الأشخاص الخاصة الأجنبية - كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول - لا تخضع للقانون الداخلي لدولة معينة وذلك لأن أطرافها وهما الدول والأشخاص العامة من ناحية والأشخاص الأجنبية من ناحية أخرى. لا يخضعون لقانون وطني مشترك. كذلك فإن هذه العقود لا تخضع للقانون الدولي العام لأنها ليست معاهدات دولية مبرمة بين أشخاص هذا القانون. إذ أن أحد أطرافها لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية. بل إن هذه العقود تشكل طائفة ثالثة من العقود تتميز بأنها تخضع لنظام قانوني جديد تنشؤه الإرادة المتطابقة للأطراف. فهذه العقود تكفي بذاتها وتمد بميثابة قانون الأطراف. أي أن النظام القانوني الذي يحكم حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد هو قانون العقد ذاته *la lex contractus*.

وقد بنى أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين *Pacta sunt servanda* من جهة ومبدأ استقلال الإرادة من جهة أخرى. وقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه ليس من الضروري أن يستند كل عقد إلى نظام قانوني سابق على وجوده. فالاتفاقات التي أبرمت مثلاً بين الشركات الاستعمارية السابقة والأمراء الهنود. وتلك التي أبرمتها الدول الأوروبية مع رؤساء القبائل الأفريقية. لم تكن تستند إلى القانون الوطني لأحد الأطراف ولا إلى القانون الدولي. حيث كان هؤلاء الأمراء وتلك القبائل خارج المجتمع القانوني الدولي. وإذا كان حقيقياً أن المجتمع هو الذي يمكنه أن ينشئ القانون *ubi societas, ibi ius*. في المقابل فإن الاتفاق المبرم بالتطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يمكنه أن يؤسس مجتمعا جديدا *ibi ius, ibi societas*. وبالإضافة إلى ذلك. كانت المعاهدات الدولية تلزم الدول استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك في وقت

---

ولمبدأ: د. أحمد عثوش. المرجع السابق. ص ٦٦٧ ولمبدأ: د. حفيظة الحصاد. العقود المبرمة بين الدول ..... المرجع السابق. ص ٧٤٢ ولمبدأ: د. عبدالباقى أحمد. المرجع السابق. ص ١١١ ولمبدأ: د. يوسف الأكيلي. النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال التقنيات الدولية الخاص. بنون دار نشر. ١٩٨٩. ص ٤٢٩ ولمبدأ.

لم يكن فيه القانون الدولي العرفي المتعلق بالمعاهدات قد وجد بعد. فكما أن تكرار المصادقات قد أدى إلى ميلاد مثل هذا القانون الدولي، نفس الشيء فإن تكرار إبرام مثل هذه الاتفاقات شبه الدولية سوف يبرز يوما ما نظاما قانونيا خاصا بهذه الاتفاقات.

ويرى أصحاب نظرية القانون الذاتي للمقد أن هذه النظرية لا تنطبق على كل العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية. بل يجب التمييز بين العقود التي تبرم بواسطة سلطة إدارية داخلية في الدولة، والعقود التي تبرم بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية. ففي حين أن النوع الأول من العقود، يظل خاضعا للقانون الداخلي، فإن النوع الثاني من العقود هي وحدها التي تعد بمثابة اتفاقات شبه دولية. حيث يتم إبرامها والتصديق عليها بواسطة الحكومة، أي بواسطة أعلى سلطة في الدولة والتي تختص بإبرام المعاهدات الدولية، وبالتالي تخضع للقانون الذاتي للمقد. ومن بين الأمثلة التي ذكرها هؤلاء للاتفاقات شبه الدولية بعض عقود امتياز البترول البرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية مثل اتفاق إيران مع شركة البترول الأنجلو إيرانية سنة ١٩٢٢، واتفاق إيران مع الكونسرتيوم سنة ١٩٥٤، واتفاق أبوظبي مع شركة تنمية البترول المحدودة سنة ١٩٢٩، واتفاق قطر مع شركة البترول البحرية الدولية سنة ١٩٢٥. وأخيرا فقد أوضح أصحاب هذه النظرية أن العقد قد لا ينص على كل شيء ولذلك يجوز للأطراف أن يحيلوا إلى أنظمة قانونية أخرى، وبصفة خاصة قانون الدولة المتعاقدة أو القانون الدولي، وذلك من أجل تكبلة التفسير المحتملة في العقد أو تفسير ما يتضمنه من شروط. بيد أن هذه الأنظمة القانونية تظل دائما مصادر احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا في الحدود البينة في المقد. بمباراة أخرى. فإن هذه الأنظمة القانونية لا تطبق إلا عندما يفوضها في ذلك القانون الذاتي للمقد.

### تقدير هذا الرأي:

تمرضت نظرية القانون الذاتي للمقد لانتقادات حادة فمن ناحية إن هذه النظرية تخالف القواعد العامة في القانون التي تقرر أن المقد لا يمكن



أن يوجد في فراغ قانوني، بل يتعين أن يستند إلى نظام قانوني موجود سلفاً، فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشئ نظاماً قانونياً قائماً بذاته. فهذه الإرادة لا يمكنها إحداث آثار قانونية إلا إذا استندت إلى نظام قانوني قائم يقرر أن تطابق الإرادات يمكنه أن يرتب، وفق شروط معينة، آثاراً قانونية محددة. فمبدأ المقدر شرعية المتعاقدين ومبدأ استقلال الإرادة ليسا من المبادئ الفلسفية، ومن غير الممكن أن يوجد في فراغ بل لابد من أن يستند إلى نظام قانوني يمنحهما القوة القانونية ويحدد لهما الضوابط ويرسم لهما الحدود<sup>(١)</sup>.

ولقد جاء حكم تحكيم أرامكو معبراً في هذا الخصوص. فندما تسكت شركة أرامكو أمام محكمة التحكيم بأن عقد الامتياز المبرم بينها وبين حكومة السعودية يعد بمثابة قانون الأطراف<sup>(٢)</sup>، رفضت المحكمة تبني هذا الرأي، وقضت بأنه «من المؤكد أن المقدر أياً كان لا يمكن أن يوجد في فراغ، بل يجب أن يستند إلى قانون. فالمقدر ليس عملية متروكة كلية لإرادة الأطراف، بل يجب أن يكون مؤسسا على قانون وضعي ينفى على التصبرات المتبادلة والمتطابقة لإرادة الأطراف الآثار القانونية. فبدون وجود قانون ينشأ الاتفاق في طلبه، فإن الاتفاق نفسه يعد أمراً غير متصور

---

(١) انظر: د. هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٧، ص ٢٩٧؛ وانظر في نفس المعنى:

EL-KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ... Op. Cit., PP. 288 - 289; STABILITÉ et ÉVOLUTION ... Op. Cit., P. 290; MCNAIR (C.), The general principles of law recognized by civilized Nations, B.Y.B.I.L., 1957, 33, P. 7; MANN (A.), Op. Cit., P. 49; WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 181; LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... P. 295 et Contrats entre États ... Op. Cit., P. 46; JONATHAN (G.C.), Op. Cit., P. 456; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 69; LALIVE (P.), L'État en tant que ... Op. Cit., P. 335.

Rev. Crit., 1963, P. 295.

(٢) انظر:

فالإرادة لا يمكنها أن تولد علاقات تعاقدية إلا إذا كان القانون الذي تخضع له يمنحها مسبقاً هذه السلطة ...» (١).

ومن ناحية ثانية فإن نظرية القانون الناتق للعقد تعد نظرية خيالية - أو سراب L'oeil - un trompe - وليست واقعية. إن الادعاء بكفاية العقد الذي تبرمه الدولة لحكم العلاقة بين أطرافه، وأنه لذلك في غير حاجة إلى نظام قانوني معين، إدعاء يناهض الواقع العملي الذي يؤكد استحالة توقع الأطراف مقدماً لكل أوجه النزاع التي قد تثار بينهم في المستقبل. فنصوص العقد مهما بلغت دقتها وتعددت تفاصيلها لا يمكنها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف. فالتقص والتصور في شروط العقد وأحكامه يعد أمراً قانياً لأن الأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الاحاطة بكل جوانب العلاقة التعاقدية (٢).

ولعل ذلك هو ما دفع أنصار هذه النظرية إلى القول بأنه يجوز لأطراف العقد أن يحيلوا إلى أنظمة قانونية أخرى، وأنه في حالة سكوتهم فإنه يمكن تفسير هذا السكوت على أنه بمثابة إحالة للبادئ العامة للقانون.

---

(١) انظر الحكم: Rev. Crit., 1963, P. 312. حيث يذكر أن:

«il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit; Ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit que préside à sa création, la convention n'est même pas concevable. la volonté ne peut engendrer de rapports conventionnels qui Si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir».

(٢) انظر: WEIL (P.): Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 182.

د. هشام صادق. القانون الواجب التطبيق ..... المرجع السابق، ص ٦٦٢. بند ٢٢٧: د. أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق، ص ٦٦. بند ١٥٩: د. حفيظة الحداد. العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٧٤٧.

يبد أنهم أوضحوا أن القانون المحال إليه لا يتم تطبيقه إلا باعتباره قانون تم تفويضه من قبل القانون الذاتي للعقد. وبناء عليه فإنه، وفقا لهذه النظرية، في الحالة التي لا ينس فيها العقد على اللجوء إلى القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي، فإن أي منهما لا يمكن التدخل بأي حال من الأحوال، وهنا معناه إخضاع تطبيق القانون الدولي والقانون الداخلي على حد سواء لإرادة الأطراف المتعاقدة وهو ما لا يمكن التسليم به. فمن جهة إن القول بإخضاع القانون الدولي لإرادة الأطراف يتعارض مع أولوية ومو هذا القانون<sup>(١)</sup>. فمن السلم به عموما أنه في حالة التنازع بين العقد والقانون الدولي فإن هذا الأخير هو الذي يجب أن يكون راجعا على أحكام العقد<sup>(٢)</sup>. ومن جهة أخرى فإن القانون الداخلي للدولة المتعاقدة يظل واجب التطبيق في بعض الأحوال حتى ولو كان تطبيقه غير منصوص عليه في العقد، بل حتى ولو كان العقد يستبعد تطبيقه<sup>(٣)</sup>.

ومن ناحية ثالثة فإن القول بأن الدولة والشخص الأجنبي يمكنهما إبرام اتفاق يكفي بذاته ومستقل عن كل نظام قانوني وضي قول يترتب عليه نتائج بالغة الخطورة. فمن المعروف أن العقود تبرم وتنفذ في إطار نظام قانوني معين يتضمن قواعد أمره *Jus cogens* لا يجوز للأطراف مخالفتها بأي حال من الأحوال (مثل القواعد المتعلقة بالنظام العام والأداب). والسؤال الذي يثور إذن هو هل يمكن للعقد - والذي ينشئ نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته - أن يتضمن اشتراطات تتجاهل الحقوق الأساسية للإنسان. على سبيل المثال. لو أن حكومة ألمانيا النازية قد أسندت إلى

(١) انظر: د. حنيفة الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٧١٨. ولينا: MANN (A.), Op. Cit., P. 50. حيث يذكر أن:

"An international lawyer, in particular, cannot give approval to a theory according to which there is any lex higher than, or uncontrolled by public international law."

MUSTAPHA (M.): Op. Cit., P. 70.

(٢) ولجمع:

ibid, P. 70 - 71.

(٣) انظر:

شركة أجنبية بمقتضى عقد مبرم بينهما القيام ببعض الأعمال التي تساهم في الإفادة المتصورة، فهل مثل ذلك العقد يضمن النظر إليه على أنه عقد صحيح مادام لا توجد قاعدة أمرة في نظام قانوني آخر تدين هذا التعاقد؟

ورداً على هذا التساؤل، أجاب أنصار نظرية القانون الذاتي للعقد بأن اللجوء إلى المبادئ العامة يمكنه حل هذه المشكلة. بيد أن هذا الرد يدين هذه النظرية في مجموعها لأنه إذا كانت المبادئ العامة لا يرجع إليها إلا عند الأحالة إليها من قبل القانون الذاتي للعقد، فإن هذا الأخير يمكنه بداية استبعاد اللجوء إليها منذ البداية، بحيث تكون الحقوق الأساسية للإنسان مسألة متروكة في النهاية لرحمة الأطراف المتعاقدة<sup>(١)</sup>.

بل والأخطر من ذلك كله إن نظرية القانون الذاتي للعقد، بالنظر لما ينتاب العقد من نقوس لا يمكن تفاديها لعدم مقدرة الأطراف على تصور جميع المشاكل والفتنات التي يمكن أن تواجههم عند تنفيذ العقد ووضع الحلول المناسبة لها. تخول المحكمين حرية مطلقة لا حدود لها *Sans bornes* في تفسير العقد<sup>(٢)</sup>. ويكفي أن نذكر ما كتبه الأستاذ باتيفول<sup>(٣)</sup> عن هذه النظرية قائلاً: «أن هذه النظرية تقرر حرية غاية في

---

(١) راجع في ذلك:

WEIL (P.), *Problèmes relatifs ... Op. Cit.*, PP. 182 - 183.

وأيضاً: د. حفيظة الحساد، العقود البررة بين الدول، ..... المرجع السابق، ص ٧٤٨ - ٧٤٩.

(٢) نظري:

WEIL (P.), *Problèmes relatifs ... Op. Cit.*, P. 183.

وأيضاً: د. حفيظة الحساد، العقود البررة بين الدول، المرجع السابق، ص ٧٤٩ - ٧٥٠.

(٣) نظري:

BATIFFOL (H.), *La sentence Aramco et ... Op. Cit.*, P. 655.

حيث يقول:

«Une telle conception admettrait une liberté dangereuse pour les faibles, pleine de surprises pour les tiers, laissant les juges ou les arbitres dans un embarras -

الخطورة بالنسبة للأطراف الضعيفة في العقد، ملوثة بالمفاجآت غير المتوقعة بالنسبة للغير. توقع القضاة والمحكمين في مأذق حرج، وتلزمهم في الواقع بأن يخلقوا بأنفسهم نظاما جديدا يتضمن كل التفسيرات التي لا يمكن لأي نظام قانوني أن يستغنى عنها، بيد أنه من المصطنع اختلاق هذا النظام بعد قوات الأوان».

والى جانب ما سبق ذكره من انتقادات، فإن هذه النظرية منتقدة من حيث التفرقة التي أجراها أصحاب النظرية بين العقود التي يتم إبرامها بواسطة سلطة إدارية داخلية، وتلك التي تبرم بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية، واعتبار النوع الثاني فقط اتفاقات شبه دولية، بينما يظل النوع الأول خاضعا للقانون الداخلي في الدولة المتعاقدة. حيث أقام هؤلاء هذه التفرقة على أساس السلطة التي أبرمت العقد، وليس على أساس موضوع العقد ذاته والفرض منه ونوع المشكلات المتعلقة بإبرامه وتفسيره وتنفيذه، وترتبط على ذلك لو كنا بصدد عقدين بترويين أحدهما أبرمته الدولة بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات، أي السلطة التي تملك إلزام الدولة على السعيد الدولي، والآخر أبرمته الدولة بواسطة سلطة إدارية داخلية لا تملك إلزام الدولة على السعيد الدولي فإن هذين العقدين يحكمهما قوانين مختلفة. فالأول يحكمه القانون الذاتي للعقد باعتباره بمثابة اتفاق شبه دولي، والآخر يظل خاضعا للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة، وذلك على الرغم من تماثل كلا العقدين في موضوعهما ووظيفتهما والجنسية الأجنبية للمتعاقد الخاص، وما يترتب عليه من تماثل في المشكلات والنزاعات التي تترتب على كل منهما، وعلى ذلك فإن الأخذ بنظرية القانون الذاتي للعقد يترتب عليه حلول مختلفة لهذه المشكلات والنزاعات المتماثلة تترقب على ما إذا كانت الجهة التي أبرمت العقد تملك أو لا تملك سلطة إلزام الدولة على السعيد الدولي.

- 
- excessif, les obligeant à forger eux - mêmes en réalité un système nouveau qui devrait comporter des précisions dont aucun système ne peut se passer, mais qu, il est artificiel de fabriquer après coup.

هنا وقد مضت الإشارة إلى أن الكثير من الدول المنتجة للبترول قد قامت بإنشاء مؤسسات وشركات وطنية وعهدت إليها بمهمة البحث عن البترول واستغلاله وتنسيته والتعاقد بشأنه مع الشركات الأجنبية. مثل مؤسسة بترومين السعودية وشركة سوناملاك الجزائرية والشركة الوطنية الإيرانية للبترول. وقد أبرمت بالفعل هذه المؤسسات وتلك الشركات العديد من عقود البترول مع الشركات الأجنبية. ولا يمكن القول مطلقاً بأن هذه المؤسسات وتلك الشركات تملك سلطة إبرام المعاملات وإلزام الدولة على الصعيد الدولي. وبناء عليه يمكن القول بأن نظرية القانون الذاتي للمقد - وفقاً لهذه النظرية ذاتها - لا تنطبق على عقود البترول التي تبرم بواسطة المؤسسات والشركات التابعة للدولة المنتجة على أساس أن هذه المؤسسات وتلك الشركات لا تملك سلطة إبرام المعاملات، ولا إلزام الدولة التابعة لها على الصعيد الدولي<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: الرأي القائل بإخضاع العقد لقانون عبر الدول:

يعتبر الأستاذ «فيليب جيبوب» أول من نادى بفكرة قانون عبر الدول Transnational law<sup>(٢)</sup>.

ويقصد باصطلاح قانون عبر الدول في رأى هذا الفقيه كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة. وعلى ذلك فهو يشمل القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص. وأيضاً بعض القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون.

ويرى جيبوب أن قانون عبر الدول هو ذلك القانون الذي يطبق على الجماعة الدولية ذات التركيب المتداخل والتي تبدأ بالفرد حتى تصل إلى ما يسمى بالمانلة الدولية أو مجتمع الدول. فالدولة ليست الجماعة

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٠٧ ومابعدها.

(٢) انظر: فيليب جيبوب: قانون عبر الدول، القانون الدولي في أبعاده الجديدة، ترجمة

د. إبراهيم شعاع، مكتبة القاهرة الحديثة، سنة ١٩٦٦.

الوحيدة التى يعنى بها هذا القانون. ولذلك لا يوصف هذا القانون بأنه «دولى» أو «بين الدول» international، ذلك أن هذا التعبير قد يشير اللبس، فيؤحى بأنه لا يعنى إلا بالعلاقات بين دولة ما وبين الدول الأخرى<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك يحكم قانون عبر الدول العلاقات الإنسانية التى تتجاوز حدود دولة واحدة، أى العلاقات التى يمكن أن توصف بأنها عبر دولية. وقد تتعلق هذه العلاقات بأفراد أو شركات، أو بدول أو منظمات دولية أو بغير ذلك من الجماعات. وقد ساق الفقيه بعض الأمثلة على ذلك قائلا أن المواطن الأمريكى، أو الشخص عديم الجنسية، الذى يسند إليه اتهام ما عند حدود دولة أجنبية، يكون فى موقف من المواقف التى توصف بأنها عبر دولية. كذلك الأمر بالنسبة لشركة نفط أمريكية عندما تمارس نشاطها فى فنزويلا، فإنها تكون فى موقف من المواقف التى توصف بأنها عبر دولية أو بالنسبة للأمم المتحدة عندما ترسل مندوبا إلى فلسطين أو عندما تمارس غرفة التجارة الدولية حقها فى حضور مؤتمر يدعو إليه المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع للأمم المتحدة. ومن ثم فإن النشاط عبر الدولى قد يمارسه أفراد أو شركات أو هيئات أو دول<sup>(٢)</sup>. وترتبط على ذلك فإن هذا القانون يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية كما هو الحال بالنسبة لمقود البترول محل الدراسة.

ولقد بنى الفقيه وجهة نظره هذه على أساس وحدة المشكلات الإنسانية. حيث يرى أن بعض المشكلات التى تعتبر دولية بصفة أساسية وتؤدى حتما إلى التوتر والمنازعات بين حكومات وشعوب دولتين مختلفتين هى مجرد مشكلات إنسانية يمكن أن تثور على أى مستوى من مستويات المجتمع الإنسانى. بين الأفراد أو بين الهيئات، على الصعيد الوطنى أو على

(١) انظر: المرجع السابق، ص ١٢ - ١٤.

(٢) انظر: المرجع السابق، ص ١٥ - ١٦.

الصعيد الدولي. وقد ساق الفقيه بعض الأمثلة - التي لا تخلو من الطرافة - للتدليل على وحدة المشكلات الإنسانية. حيث يرى أن هناك تشابها وتماثلا بين مشكلة المغرب مع فرنسا ومشكلة فتاة فقيرة تزوجت بشاب غنى وفر لها كل أسباب الراحة وانتشلها من الحياة الصعبة التي كانت تعيشها إلى حياة رغدة سهلة. ثم شمرت بالملل والضجر فطلبت الانفصال عنه. هكذا حال المغرب التي كانت تعاني الكثير من المتاعب، وأرغمت على الدخول في الصراع بين الدول الكبرى ورأت المغرب وضعها تحت الحماية هو السبيل إلى الخلاص من متاعبها. وبعد أن وضعت تحت حماية فرنسا التي أخذت على عاتقها القيام ببناء المغرب حضاريا وتنمية مواردها الاقتصادية، بدأت المغرب تفكر في الخير الذي سيعود عليها إذا أصبحت سيدة نفسها. ولذلك لجأت إلى الأمم المتحدة لتحصل على استقلالها<sup>(١)</sup>.

وقد تصدى الفقيه جيوب لسألة اختيار القانون الذي يحكم المشكلات الانسانية مؤكدا من ناحية على أنه ليس في شخصية الأطراف ما يمنع تطبيق نظام قانوني أو أكثر من الأنظمة التي ينقسم إليها الحقل القانوني بصفة تقليدية. فقد تحكم مسؤولية الدولة عن تصرفاتها قواعد القانون الدولي أو قواعد تنازع القوانين أو قواعد القانون الداخلي للدولة نفسها أو قواعد القانون الداخلي للدولة الأجنبية. وكذلك الأمر بالنسبة للمنظمات الدولية إذا نظرنا إلى دستورها وأنظمتها ولوائحها على أنها القانون الداخلي لها. كما أن مسؤولية الشركة أو الفرد المادي قد تتحدد على أساس القانون الوطني أو القانون الأجنبي أو قواعد تنازع القوانين أو القانون الدولي العام.

كما أكد من ناحية أخرى على أنه ليس في شخصية المحكمة ما يمنعها من تطبيق نظام أو أكثر من هذه النظم القانونية. فالمحكمة الوطنية تطبق قانون دولتها وقوانين الدول الأجنبية وقواعد تنازع القوانين والقانون

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٢٧ - ٢٩.



الدولى. كذلك تطبق المحاكم الدولية القانون الدولى وقواعد تنازع القوانين والقانون الوطنى. كما أكد على أنه ليس هناك من فارق بين القانون المدنى والقانون الجنائى فيما يتعلق بإمكان تطبيق كل منهما على الأفراد والشركات والدول<sup>(١)</sup>.

وانتهى الفقيه إلى أن قانون عبر الدول الذى يشمل الجانبين المدنى والجنائى ويشمل ما نعرفه باسم القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص، ويشمل كذلك القانون الوطنى. عاما وخاصا، يسمح للمحكمة داخلية كانت أو دولية بأن تختار عند التنازع من بين هذه النظم القانونية كلها القاعدة التى تراها أكثر اتساقا مع العقل والعدل لحل أية منازعة معينة. ولا يلزم أن يكون الاختيار على أساس الاقليمية أو الشخصية أو الجنسية أو الوطن أو الاختصاص أو السيادة أو فى مبدأ آخر إلا بالقدر الذى تكون فيه هذه التسيات انمكاسا للتجربة الانسانية مع المناسبة المطلقة والنسبية للقانون والمحكمة<sup>(٢)</sup>. وبعبارة أخرى فإن سابط الاختيار عند الفقيه «جيسوب» هو أن تكون القاعدة واجبة التطبيق أكثر اتساقا مع العقل والعدل لحل أية منازعة معينة دون التقيد ببدا معين من هذه المبادئ المذكورة.

ويعتبر الأستاذ «LALIVE ج.»<sup>(٣)</sup> من أكبر الفقهاء المناصرين حاليا لإخضاع العقود المبرمة بين الدول أو الأشخاص العامة والشركات الخاصة الأجنبية - كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول - لقانون عبر الدول. ويرى أنه نظام وسط مخمس لكى يحكم بعض المراكز الاجتماعية والاقتصادية التى لا يمكن بصدها تطبيق القانون الداخلى ولا القانون

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٨٧ ومابعدها، خصوصا ص ص ١١٦ - ١١٧.

(٢) انظر: المرجع السابق، ص ص ١٢٠ - ١٢١.

(٣) راجع:

LALIVE (J.): Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P. 295 etSS: Contrats entre ... Op. Cit., P. 31, P. 47 - 48 et PP. 184 - 185.

الدولي<sup>(١)</sup>. فهذا الفقيه يقترح إذن بدلا من التقسيم الثنائي التقليدي للأنظمة القانونية ما بين قانون داخلي وقانون دولي. الأخذ بتقسيم ثلاثي tripartite للأنظمة القانونية. ويرى أنه عندما يوجد مركز قانوني يتعذر إدراجه في إطار هذا النظام أو ذاك. يجب اللجوء إلى نظام قانوني ثالث يقع في طريق وسط هو قانون عبر الدول<sup>(٢)</sup>.

ويشمل قانون عبر الدول - وفقا له - مجموعة القواعد التي تتجاوز حدود دولة معينة. ومن ثم فهو يشمل المبادئ العامة للقانون. وأعراف وعادات التجارة الدولية. وبعض القوانين الموحدة (وهو ما يشكل ما يسمى القانون التجاري الدولي أو قانون التجار). ويشمل كذلك القانون أو التنظيم الداخلي للمؤسسات الدولية العامة التي لا تخضع لنظام قانوني وطني ولا للقانون الدولي، والقانون الإداري الدولي. وقضاء المحاكم الداخلية والدولية، وبصفة أساسية قضاء محاكم التحكيم.

ويتشكل هذا القانون في جزء منه على نحو تلقائي Spontané، بواسطة المتعاملين في مجال التجارة الدولية وبواسطة المؤسسات الدولية وأيضا بواسطة قضاء المحاكم وخصوصا محاكم التحكيم. وهو قانون مسلم به اليوم على نحو واسع أو متسامح فيه من جانب الدول نظرا لاستجابته لحاجات المعاملات الاقتصادية والتجارية الدولية<sup>(٣)</sup>.

وقد أوضح هذا الفقيه أن تطبيق المبادئ العامة للقانون. والتي تعد

(١) انظر:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P. 295.

حيث يقول:

«Le droit transnational, système intermédiaire destiné à régir certaines situations sociales et économiques auxquelles ne peuvent s'appliquer ni le droit interne, ni le droit international».

Ibid. P. 296.

(٢) راجع:

LALIVE (J.): Contrats entre ... Op. Cit., P. 31.

(٣) راجع:

جزءاً من قانون عبر الدول وفقاً لرأيه، لا يؤدي إلى إخضاع المقد للقانون الدولي العام، ولا يجعل الأطراف المتعاقدة من أشخاص القانون الدولي. ففي الواقع، إن المبادئ العامة نطاق تطبيق أكثر اتساعاً من تطبيق القانون الدولي العام وحده. فهذه المبادئ نجدها مذكورة صراحة في العديد من القوانين الوطنية، كما يلجأ إليها عادة القضاء في البلاد الأنجلو سكسونية. ومن ثم فإن المبادئ العامة تعد مصدراً مشتركاً في القانون الدولي، والقوانين الوطنية، وقانون عبر الدول، وتمتد بالنسبة لهذا الأخير المصدر الرئيسي<sup>(١)</sup>.

كما أوضح أن قانون عبر الدول يعد أكثر اتساعاً من قانون التجارة الدولية. فقانون عبر الدول يضم قانون التجارة الدولية إلى جانب المصادر القانونية الأخرى، بحيث يعد قانون التجارة الدولية أحد مكونات قانون عبر الدول.

وأخيراً، فقد أشار هذا الفقيه إلى أن قانون عبر الدول ليس نظاماً قانونياً كاملاً، بيد أنه موجود وعلى الرغم من كونه ناقصاً، إلا أنه يقدم خدمات قيمة للمتعاملين على السعيد الدولي<sup>(٢)</sup>.

### تقدير هذا الرأي:

تعرضت نظرية قانون عبر الدول لانتقادات عديدة من عدة نواحي. فمن ناحية، إن هذا القانون المدعى به ليس له مصادر قانونية خاصة به، بل إن مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، إذ أن بعض قواعد هذا القانون مستمدة من القانون الداخلي (القانون المدني، والتجاري، والإداري... الخ) والبعض الآخر مستمد من القانون الدولي العام. ومن

(١) راجع:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ..., Op. Cit., P. 297.

LALIVE (J.): Contrats entre ... Op. Cit., P. 185. (٢) راجع:

ناحية ثانية. فإن هذا القانون لا يشتمل على معيار يتحدد على أساسه. بشكل بين، القواعد التي يستيرها من الأنظمة القانونية الأخرى. وأخيرا فإن هذا القانون لا يحوز آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات على من يخالف قواعده<sup>(١)</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> - ويحق - أن الأمر لا يتعلق بقانون حقيقي مستقل، وتميز عن القوانين الوطنية والقانون الدولي العام، بخلط من كل هذه القوانين، واقتراح بإعطاء القاضي، سواء أكان وطنيا أو دوليا، السلطة في أن يختار من هذا الخليط، وعلى نحو انتقائي، القاعدة التي يراها أكثر اتساقا مع الحق والمعدل لحل النزاع، وذلك بصرف النظر عن مصدر هذه القاعدة أو النظام القانوني الذي تنتمي إليه.

(١) انظر WEIL (P.), Problèmes relatifs .. Op. Cit., P. 184.

حيث يتساءل:

«comment parler d'un ordre juridique alors que les sources en sont communes à d'autres systèmes de droit, certaines règles de ce prétendu (droit transnational) provenant du droit interne (droit civil, droit commercial, droit administratif, etc.), et d'autres du droit international? Comment parler d'un ordre juridique alors qu'il n'existe aucune critère permettant de déterminer avec précision quelles règles il emprunterait à chacun de ces autres systèmes? Comment parler d'un ordre juridique alors que ce dernier ne disposerait en tout état de cause d'aucun mécanisme de sanction qui lui soit propre?».

(٢) انظر:

KASSIS (A.), Théorie générale des usage du commerce, Paris, L.G.D.J., 1984, P. 546, N° 853.

حيث يقول:

«il ne s'agit guère d'un droit vraiment autonome, distinct des droit Nationaux et du droit international public, mais bien plutôt d'un amalgame de tous ces droit et d'une suggestion de donner au Juge, National ou international, le pouvoir de choisir dans cet amalgame, d'une manière -

ولذا يصف هؤلاء قاضون عبر الدول بالقول بأنه بدلا من أن تكون بصدد قانون ذي مضمون محدد ومعيّن. فإننا بصدد شئطة سفر *un fourre - tout*. إذ أن هذا القانون يشتمل على كل القوانين الوطنية إلى جانب القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>.

على أن أهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا القانون من نقد هو أنه لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني المطلوب. فلكي يتوافر الأمان القانوني يجب أن يتحقق اليقين في القانون. بمعنى أن تكون قواعد القانونية واضحة ومحددة. هنا في حين أن أنصار قانون عبر الدول لم يوضحوا على سبيل التحديد قواعد هذا القانون، ولم يبينوا طبيعة هذه القواعد وضابط أعمالها. بما يعيد قانون عبر الدول عن دلالة اليقين القانوني<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الفقيه «جيسوب» قد حدد ضابط الاختيار بأن تكون القاعدة المختارة أكثر اتساقا مع الحق والعدل. فإن التساؤل الذي يثور هو من أين يستمد القاضي هذه السلطة السيادية؟ وهل يمارس القاضي هذه الحرية في الاختيار طبقا لمفاهيمه الشخصية للحق والعدل؟

فإذا كان صحيحا أن القاضي الوطني يمكنه. في بعض الأحوال. أن يطبق قواعد قانون وطني آخر أو قواعد القانون الدولي العام. فإنه إنما

- 
- élection, la règle qu'il estime la plus conforme à la raison et à la justice pour la solution du litige, et sans égard à la source de cette règle ni au système de droit ou à l'ordre juridique auquel elle se rattache.

(١) انظر: KASSIS (A.), Op. Cit., P. 547. إذ يذكر:

«Avec le droit transnational, au lieu d'un contenu défini et spécifique, on est devant un fourre - tout puisque 'il contient pratiquement tout le droit, des lors qu'on y trouve cote à cote tous les droit Nationaux et le droit international».

(٢) انظر: د. يوسف الاكيلي. المرجع السابق، ص ٤٩٢ - ٤٩٤.

يفعل ذلك بالتطبيق لبعض القواعد القانونية في نظامه القانوني الوطني (خصوصاً قواعد تنازع القوانين عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي). كذلك الأمر، إذا كان القاضى الدولي يجوز له أن يطبق في بعض الأحوال قواعد قانون وطني معين، فإنه يفعل ذلك لأن هذه القواعد تحكم من الناحية الفنية الحقوق أو المراكز ذات المصالح الخاص المطروحة أمامه. وفي كلتا الحالتين، فإن الاختيار لا يكون انتقاليا *eclectique* ولا عارضا بل فنيا ومطابقاً لمعايير موجودة سلفاً. فالقاضى لا يمكنه أن يقوم بالاختيار الانتقالي من بين القواعد التي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة إلا إذا كان متقلبا سلطة التشريع. رد على ذلك أن القاضى لا يمكنه أن يفصل في النزاع وفقاً للقاعدة التي يراها ملائمة في القضية إلا إذا كانت له سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف. وهذه السلطة يجب أن تمنح له سراحة من قبل الشرع في القانون الوطني. أو من قبل الأطراف في القانون الدولي العام<sup>(١)</sup>.

على أية حال فإن قانون عبر الدول المدعى به لم يكن محل تطبيق سواء من قبل المحاكم الدولية أو المحاكم الوطنية أو محاكم التحكيم. كما أن مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧ قد رفض إدراج قانون عبر الدول ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف الاختيار من بينها<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: الرأى القائل بإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون:-

يعتبر الفقيه «ماكير MC NAIR»<sup>(٣)</sup>، من أول من نادى بإخضاع العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الخاصة الأجنبية. بما في ذلك عقود البترول. للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتعدية.

(١) نطرق في ذلك:

KASSIS (A), Op. Cit., PP. 547 - 548, N° 856.

A.J.D.L. 1977, 11, P. 82.

(٢) راجع:

(٣) نطرق:

MC NAIR (A.C.): The general principles of law recognized by civilized Nations. B.Y.B.I.L., 1957, 33, P. 1 etSS.

قد ذهب الفقيه إلى أن إحدى الصعوبات التي تشور عند البحث عن النظام القانوني المناسب لحكم هذا النوع من العقود محل الدراسة تكمن في الواقع التمثل في أن كثيرا من الدول التي تحتاج إلى الخبرة ورأس المال من الخارج لتنمية ثرواتها الطبيعية تسودها نظم قانونية مازالت غير متطورة بالقدر الكافي لحكم هذا النوع من العقود. فأحكام الشريعة الإسلامية، مثلا، فيما يتعلق باتفاقات التنمية الاقتصادية إذا وجدت فهي غير كافية. هذا فضلا عن اختلاف مضمون أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمذاهب الفقهية المتبعة، فمن المعروف أن هناك أربعة مذاهب فقهية في القانون الإسلامي. وقد يصعب على مواطني الدول التي استقرت نظمها القانونية وعرفت هذا النوع من العقود، الدخول في علاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية تكون نظمها القانونية غير واضحة Vague وغير متطورة لتحكم مثل هذه العقود (١).

ولقد نادى الفقيه «ماكثير»، كخطوة أولى، بضرورة التخلص من الفكرة التي مفادها أن الاختيار الوحيد للقانون ينحصر بين القانون الدولي العام، والنظام القانوني الوطني لأى من الأطراف أو المشترك بينهم، فالقانون الدولي الخاص لا يعد في حد ذاته بديلا، لأنه لا يشتمل على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع، وإنما هو قانون وصفى تنحصر مهمته في إرشاد المحكمة في تحديد النظام القانوني الذي يجب أن تلجأ إليه لحل النزاع المشتمل على عنصر أجنبي (٢).

وفى تناوله عن النظام القانوني المناسب الذى يحكم عقود التنمية الاقتصادية المبرمة مع حكومة الدولة التي تحوز نظاما قانونيا غير مناسب لحكم هذا النوع من العقود، ذهب الفقيه إلى أن اختيار النظام القانوني المناسب يمكن أن يتأسس على نية الأطراف والتي قد تظهر إما صراحة بموجب نص في العقد، أو ضمنا من خلال بنود العقد وطبيعته. ثم

Ibid, P. 4.

(١) انظر:

Ibid, P. 4

(٢) انظر:

انتقد تطبيق قانون محل التعاقد *lex loci contractes* وقانون محل التنفيذ *lex loci solutionis*، وذلك بحجة أن طبيعة هذا النوع من العقود والظروف المحيطة بها تنفى وجود أية قرائن لصالح تطبيق أى من هذين القانونين، واستثنى من ذلك حالة وجود نص خاص يقضى بتطبيق قانون محل التنفيذ<sup>(١)</sup>، كما انتقد إخضاع هذا النوع من العقود للقانون الدولى العام بالمعنى الدقيق *stricto sensu* بدعوى أن هذا القانون مخصص ليحكم العلاقات فيما بين الدول *inter - state*، وذهب إلى أنه فى الحالة التى لا يحدد فيها الأطراف نظاما قانونيا معينا فإن نيتهم تكون قد اتجهت إلى إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون المعترف به من الأمم المتمدنية<sup>(٢)</sup>.

ولقد انتهى الفقيه إلى عدة مقترحات هى:

١ - أنه من المهم أن يتفق أطراف هذه العقود بشأن النظام القانونى واجب التطبيق.

٢ - أن هذا النظام لا يمكن أن يكون القانون الدولى بالمعنى الدقيق، لأن هذه العقود ليست مبرمة بين الدول.

٣ - عندما تحوز الدولة المتعاقدة والدولة التى ينتمى إليها الشخص الخامس المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافى، وصالحة لأن تحكم هذا النوع من العقود، فإن للأطراف أو المحاكم التى تفصل فى المنازعات الناشئة عنها أن يختاروا أى من هذين القانونين أو أحدهما بالنسبة لبعض أوجه العقد، والثانى بالنسبة للأوجه الأخرى.

٤ - فى المقابل، عندما يكون النظام القانونى للبلد الذى يجب أن ينفذ فيه العقد فى الجزء الأكبر منه غير متطور بالقدر الكافى لحكم هذا النوع من العقود، فمن غير المحتمل أن يكون فى مقدور القانون الوطنى لكل من الطرفين أن يقدم للأطراف أو المحاكم الحل الملائم. (وذلك

ibrd, P. 5.

(١) مصر

ibrd, P. 10.

(٢) قطر



بإستثناء بعض الالتزامات التي تخضع بموجب نص خاص للقانون الوطني. مثل الالتزامات المتعلقة باستخدام العمال المحليين). وفى هذا الفرض فإن النظام القانونى الأكثر مناسبة ليحكم العقد ليس القانون الدولى العام بالمعنى الدقيق مادام أن الأمر لا يتعلق بعقود مبرمة بين الدول ولا بعلاقات دولية. وإنما المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتعدنة<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن فريقا من الفقهاء<sup>(٢)</sup>. أعضاء اللجنة الواحدة والمشرين المختصة لبحث مسألة القانون الذى يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية قد أعربوا أثناء مناقشات مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧ عن موافقتهم على جواز اتفاق الأطراف على إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون.

كما أن المادة الثانية من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ قد أجازت للأطراف الاتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون بوصفها القانون واجب التطبيق على العقد. وذلك بنسها على أنه «يجوز للأطراف أن يختاروا كقانون يحكم العقد ... المبادئ العامة للقانون»<sup>(٣)</sup>.

### تقدير هذا الرأى:

تعرض الاتجاه القائل بإخضاع عقود التنمية الاقتصادية التى تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية - بما فى ذلك عقود البترول - للمبادئ العامة للقانون لانتقادات عديدة. يمكن أن نوجزها فيما يلى:

١ - إن المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا

(١) انظر: Ibid, PP. 18 - 19.

(٢) انظر بصفة خاصة إجابة كل من: Seidi-Hohenvelde Doebling, P. Lalive, على السؤال رقم (٢٠) الذى طرحه الأستاذ Van Heck مقرر اللجنة أثناء أعمال مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧، والذى مفاده: هل يجوز للأطراف إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون؟ وراجع فى ذلك: A.I.D.I., 1977, P. 216, P. 226, P. 233. على التالى.

(٣) وراجع التوصيات منشورة فى: A.I.D.I., 1979, P. 192. et SS.

وقائما بذاته، ومتميزا عن الأنظمة القانونية الداخلية والنظام القانوني الدولي. فكل قانون وطني يتضمن بالضرورة مبادئ عامة، كما أن المبادئ العامة للقانون تعد أحد مصادر القانون الدولي. ومن ثم فإن المبادئ العامة للقانون لا يمكن النظر إليها إلا من خلال أحد نظامين قانونيين: إما النظام القانوني الداخلي، أو النظام القانوني الدولي<sup>(١)</sup>.

٢ - إن أي نظام قانوني لا يمكنه أن يتشكل من المبادئ العامة للقانون وحدها. وفي هذا الصدد، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن «المبادئ العامة للقانون بالنسبة للقانون الوضعي مثل الهيكل العظمي للكانن الحي. فكما أن الهيكل العظمي لا يعيش بدون لحم، وعضلات وأعضاء، فكذلك الأمر بالنسبة للمبادئ العامة يجب أن تشمل على التنظيم الملائم للعلاقات المطلوب حكمها. أضف إلى ذلك أن المبادئ العامة أحيانا ما تكون متناقضة، وأي نظام قانوني كامل يجب أن يتضمن، ليس فقط مجموعة القواعد الموضوعية، بل أيضا الآليات التي تسمح بالتنسيق بين هذه القواعد وإزالة المتناقضات فيما بينها»<sup>(٢)</sup>.

٣ - بالنظر إلى أن المبادئ العامة للقانون لا تعد نظاما قانونيا

---

(١) راجع: 45 - 44 PP. (F.A.). Op. Cit., MANN أيضا: د. يوسف  
الأكيلي، المرجع السابق، ص ٥١٦.  
(٢) انظر:

LEVEL (P.), Le contrat au sans loi, T.C.F.D.I.P., 1964 -  
1966, Paris, Dalloz, 1967, P. 214.

حيث يذكر أن:

«Les principes sont au droit positif comme le squelette à un être vivant. De même que le squelette ne vit pas sans chair, muscles et organes, de même les principes doivent sous - tendre une organisation adaptée aux relations à régir. Mieux encore, les principes sont parfois contradictoires et un système juridique complet doit comporter non seulement des normes substantielles, mais également les mécanismes permettant de les agencer et d'en réduire les contradictions».

مستقلا وقائما بذاته. فإن إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون وحدها معناه عدم خضوع العقد لأي قانون. وهو ما يؤدي في نهاية الأمر إلى الخضوع للسلطة التقديرية للمحكمين. مما يفسح المجال للتصف والتحكم من قبل المحكمين. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ «BATIFFOL» «إن خضوع العقد للمبادئ العامة للقانون يعنى عدم خضوع العقد لأي قانون. إذ أنه من المفترض أن كل قانون يتضمن المبادئ العامة للقانون ويتميز عن غيره من القوانين بالإيضاحات التي يضيفها على هذه المبادئ. ومن هنا تأتي صعوبة تحديد المبادئ العامة على نحو دقيق. وهو ما يؤدي في نهاية الأمر إلى الخضوع للسلطة التقديرية للمحكمين»<sup>(١)</sup>.

٤ - إن القول بتطبيق المبادئ العامة للقانون باعتبارها القانون الذي يحكم العقد يتنافى مع الوضع السائد والمستقر عليه من أن هذه المبادئ لا تشكل مصدرا من مصادر القانون الأصلية. فقد أوضحت الأعمال التحضيرية للمادة (٢٨) من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي أن إضافة المبادئ العامة للقانون إلى مصادر القانون الدولي لم يكن القصد منه اعتبارها بديلا للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي؛ وإنما كان القصد منه تزويد هذه المصادر بضمان احتياطي لد ما قد يمتور هذه المصادر من ثغرات. كما هو الشأن في القانون الداخلي حيث يكون للقاضي سلطة تطبيق

---

(١) انظر لجنة الاستاذ باتيفول على السزال رقم (٢٠) الذي طرحه الاستاذ VAN HECK مقرر اللجنة الواحد والعشرين أثناء أعمال مجمع التتوتن الولى فى دور اتفقده بأوسلو عام ١٩٧٧. والذي مفاده: هل يجوز للأطراف إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون؟ راجع فى ذلك: A.I.D.J., 1977, P. 212. ويذكر الاستاذ باتيفول:

«La soumission d'un contrat aux principes généraux du droit revient à les soustraire à toute loi, puisque toute loi est censée incorporer les principes généraux du droit et se distinguer des autres par les précisions qu'elle y apporte. D'où la difficulté de formuler de tels principes généraux avec quelque précision; Cel revient à S'en remettre à l'appréciation des arbitres».

البداية العامة للقانون لئلا ما قد يوجد في القانون الوضعي من ثغرات<sup>(١)</sup>. ولما كان الأمر كذلك، وكانت البداية العامة للقانون لا تقدر وحدها على تقديم الحلول المناسبة لكافة المنازعات والمشكلات المتعلقة بالعقود المبرمة في إطار القانون الداخلي أو بالمعاملات المبرمة في إطار القانون الدولي، فإنها من باب أولى لا تقدر على حكم عقود التنبية الاقتصادية التي تبرمها الدول مع الأشخاص الخاصة الأجنبية. بما في ذلك عقود البترول، الأكثر تعقيدا بسبب اختلاف جنسية أطرافها، وشخصياتهم القانونية، والمطابع المعقد للمشكلات والمنازعات التي تثور بشأنها<sup>(٢)</sup>.

هـ - إن البداية العامة للقانون لا تصلح وحدها لكي تحكم العقد في مجموعه، حيث أنها لا تتضمن حولا للعديد من المسائل وذلك نظرا لقلة هذه البداية. فهذه البداية لا يمكنها أبدا أن تحكم المسائل المتعلقة بتكوين العقد وسحته، بما في ذلك التراضي بشأن اختيار هذه البداية كقانون يحكم العقد. كما لا يمكنها أن تحكم طرق التنفيذ الجبري للعقد. كما لا تتضمن شيئا بالنسبة لما يمكن اعتباره قوة قاهرة يحول دون الوتلة أو الشخص الخاص المتعاقد معها من انجاز التزاماته. كما يتعذر استخدام هذه البداية عندما يتعلق الأمر بمواعيد التقادم<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت هناك بعض البداية العامة، وخصوصا تلك التي طبقتها محاكم التحكيم مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ احترام الحقوق

(١) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٠٥؛ د. عبدالباقى أحمد،

المرجع السابق، ص ١١٦؛ د. يوسف الأكيلي، المرجع السابق، ص ٥١٩.

(٢) راجع: د. أحمد عبدالحيد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٠٧.

(٣) انظر:

WENGLER (.), Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, Rev. Crit., 1982 P. 485.

ونظر أيضا ملاحظات هذا الفقيه بشأن مسألة القانون الذي يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية أثناء أعمال مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ منشورة في: 47 - 46 A.I.D.L., 1979, 11, PP.

البكسية. يمكنها أن تحكم جزءا من المقد. أى المسؤولية التعاقدية. بيد أنه من المشكوك فيه أن هذه المبادئ ذاتها يمكنها أن تحكم المسائل الأخرى التى قد تثار بصدد تنفيذ المقد. فكيف يمكن. مثلا. على أساس هذه المبادئ تحديد مستوى الإنتاج البترولى. أو نسبة مشاركة الدولة فى المشروع البترولى. أو الأسعار والعوائد. أو الطرق الفنية الأكثر استخداما من الناحية العملية فى صناعة البترول ... الخ(١).

وبالإضافة إلى قلة وندرة هذه المبادئ فإن مضمونها يتسم بالنسبية. فلو نظرنا مثلا إلى مبدأ حسن النية. وهو من المبادئ العامة المتعارف عليها فى النظم القانونية المختلفة. لوجدنا أن مضمونه يتباين من نظام قانونى لآخر(٢). فالمبادئ العامة للقانون ليست مبادئ مطلقة وغير مشروطة فى تطبيقها. بل أن هناك قيودا واستثناءات ترد عليها تختلف من نظام قانونى لآخر(٣).

وإلى جانب ما تقدم. فإن هذه المبادئ يصعب الكشف عنها. فعلى سبيل المثال. متى يمكن التأكيد على أن قاعدة ما تعد ليس فقط مبدأ عاما. بل أيضا وفى نفس الوقت أحد المبادئ العامة للقانون المعترف بها فى الأمم المتحدة(٤).

#### رابعا: رأى القائل بإخضاع المقد للقانون التجارى الدولى:

ذهب جانب من الفقه(٥) إلى القول بوجود قانون تجارى دولى قادر

(١) انظر: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P., 81.

(٢) انظر: د. يوسف الإكيلي. المرجع السابق. ص ٥٢٠ - ٥٢١.

(٣) انظر: Ait chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 112.

(٤) انظر: Ibid., P., 109.

(٥) انظر بصفة خاصة:

GOLDMAN (B.), Frontières du droit et «lex mercatoria» Archives de philosophie du droit, 1964, P. 177; La lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspective, clunet, 1979, P. 475; et une

على أن يحكم عقود التجارة الدولية، بما في ذلك عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. ويرى أنصار هذا الرأي أن هناك العديد من أحكام التحكيم التي تشهد على حقيقة *la realite* ووضعية *la positivite* القانون التجاري الدولي. وأشاروا في هذا الصدد إلى حكم التحكيم الذي أصدره اللورد «لكوڤث» في النزاع الذي ثار بين شركة بترول التنمية المحدودة وشيخ أبي طيبي. حيث أكد المحكم أن قانون أبي طيبي المختص بحكم المقدم موضوع النزاع لا يشتمل على المبادئ القانونية التي يمكن اللجوء إليها لتفسير أدوات التجارة الحديثة، وقرر تطبيق المبادئ الراسخة في العقل السليم والممارسات المشتركة في الأمم المتحضرة، كنوع من القانون الطبيعي الحديث. كما أشاروا أيضا إلى حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية، حيث أعطت محكمة

- 
- Bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'Affaire Norsolor, Rev. Arb., 1983, P. 379; LEVEL (P.), le contrat dit sans loi, Op. Cit., P. 209; KAHN (Ph.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, le contrat économique international, travaux des VIII<sup>es</sup> journées d'études juridiques, Jean - Dabin, Paris, Pedone, 1975, P. 171; et Droit international économique, Droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? études offertes à B. Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 97; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 401 et SS; VIRALLY (M.), Un tiers droit? réflexions théoriques, études offertes à B. GODLMAN, Paris, Litec, 1982, P. 373; LOQUIN (E.), L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, les Dossiers de L'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 1986, P. 67.

ونظر في الفقه المصري: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق ..... أتمرجع  
التطبيق، ص ١٦٦ وما بعدها؛ د. أحمد عبدالكريم، أتمرجع التطبيق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

التحكيم المبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في مجال صناعة البترول<sup>(١)</sup>.

كما يرى هؤلاء أن الاتفاقيات الدولية قد أشارت صراحة إلى هذا القانون وأعطت له الأفضلية في التطبيق على القانون الوطني. وأشاروا في ذلك إلى الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ (المادة ٧)، واتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنتولات المادية<sup>(٢)</sup>. كما أجازت العديد من القوانين الوطنية الصادرة بشأن التحكيم للأطراف الذين يرغبون في عدم تطبيق قانون وطني إخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيما بينهم لأحكام القانون التجاري الدولي. من ذلك القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي. إذ أن المادة (١٤٩٦) منه قد استخدمت تعبير «قواعد القانون». بدلا من تعبير «القانون». كذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الإيرلندي الصادر في ٢ يولييه عام ١٩٨٦ فعندما قدمت الحكومة المادة (١٠٥٤) من هذا القانون إلى البرلمان. أشارت في المذكرة التفسيرية إلى أن تعبير «قواعد القانون» يشمل ليس فقط القواعد القانونية الوطنية، بل أيضا القانون التجاري الدولي. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم السويسري. إذ نصت المادة (١٨٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف...». وبهذا يكون للأطراف مكنة إسناد العقد إلى القانون التجاري الدولي. وكذلك الشأن بالنسبة للقانون النموذجي عندما نص في

(١) انظر:

LEVEL (P.), Le contrat dit ... Op. Cit., PP. 212 - 213;  
GOLDMAN (B.), Frontières ... Op. Cit., PP. 183 - 184;  
FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... PP., 417 - 418, N° 597.

(٢) انظر:

LEVEL (P.), Le contrat ... Op. Cit., P., 213; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 418 - 419, N° 598; LOQUIN (E.), L'application ... Op. Cit., P. 100, N° 42.

البادة (٢٨) على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف<sup>(١)</sup>.

ولقد اعتقت هذا الرأي بعض أحكام التحكيم. ففي الحكم الصادر في القضية رقم ٢١٢١ في ٢٦ أكتوبر عام ١٩٧٩ في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية Norsolor والشركة التركية Pabalk<sup>(٢)</sup>، قررت محكمة التحكيم أنه «بالنظر إلى الطابع الدولي للمقد، وصعوبة تحديد القانون واجب التطبيق عليه، فإن المحكمة تستبعد اللجوء إلى قانون وطني معين، سواء القانون الفرنسي أو القانون التركي، وتطبق القانون التجاري الدولي «La lex mercatoria». كذلك الأمر. الحكم الصادر في القضية رقم ١٩٥٢ في أول سبتمبر عام ١٩٨٨ في إطار غرفة التجارة الدولية، في النزاع الذي ثار بين الشركة الأسبانية Valenciana والشركة الأمريكية Primary<sup>(٣)</sup>، حيث قررت محكمة التحكيم أنه «في غياب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق، فإن النزاع يكون محسوما وفقا لمبادئ التجارة وحدها، والبسطة بالقانون التجاري الدولي. فهذا الحل وحده هو ما يمكن الأخذ به منذ اللحظة التي لا توجد فيها إرادة مشتركة للأطراف بشأن تطبيق قانون وطني معين».

ولقد تبني القضاء الفرنسي هذا الرأي. وهو ما يظهر بوضوح من خلال فحص بعض الأحكام الصادرة عنه بمناسبة المنازعة في ساحة أحكام التحكيم التي استندت إلى قواعد القانون التجاري الدولي. ويمكن أن نذكر في هذا الصدد الحكم الصادر عن محكمة باريس الابتدائية في ٤ مارس سنة

---

(١) راجع في ذلك:

GAILLARD (E.), Arbitrage —, Op. Cit., J-CI, Dr. Int., Fasc. 586-9-1, N° 24 - 25.

(٢) انظر:

Sentence, CCI, N° 3131 en 1979, Rev. Ar b., P. 525.

(٣) انظر:

Sentence CCI, N° 5953 en 1989, Clunet, 1990. P. 701.



١٩٨١ في قضية Norsolor<sup>(١)</sup>. ففي هذه القضية نازعت الشركة الفرنسية Norsolor في صحة حكم التحكيم الصادر ضدها وذلك على أساس أن محكمة التحكيم قد استندت إلى قواعد القانون التجاري الدولي، وبالتالي تكون قد فصلت في النزاع وفقا لقواعد العدالة (أي باعتبارها محكمة مفوضا بالصلح)، في حين كان ينبغي عليها أن تفصل في النزاع على أساس القانون واجب التطبيق الذي تحدده قاعدة التنازع التي تراها مناسبة إعمالا لنص المادة (١٢) من قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. بيد أن محكمة باريس الابتدائية قد رفضت هذا الطعن، وقضت بأن المحكمين قد طبقوا القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع التي قدروا أنها مناسبة ألا وهو - في القضية الحالية - المبادئ العامة للالتزامات المطبقة عموما في مجال التجارة الدولية.

كما قضت محكمة النقض في حكمها الصادر في ٩ ديسمبر عام ١٩٨١ في قضية Fougerolles ضد Banque du proche-orient<sup>(٢)</sup> بأن المحكمين باستنادهم إلى المبادئ العامة للالتزامات المطبقة في مجال

---

(١) انظر الحكم في:

Clunet, 1981, P. 836, Note. Ph. Kahn; Rev. Arb., 1983, P. 465.

وفي التطبيق عليه انظر:

GOLDMAN (B.), Une bataille ..., Op. Cit., P. 379 et SS.

وأينما:

FOUCHARD (Ph.), Les usages, l'arbitre et le juge. A propos de quelque arrêts Français, études offertes à B. Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 73, N° 6.

(٢) انظر الحكم منشور في:

Clunet, 1982, P. 931, Note. B. oppetit; Rev. Arb., 1982, P. 183, Note. G. Couchez.

وانظر أيضا:

Cass. Civ., 22 Octobre 1991, Rev. Crit., 1992, P. 113, Note P. Oppetit; Rev. Arb., 1992, P. 457, Note. P. Lagarde; Clunet, 1992, P. 176, Note. B. Goldman.

التجارة الدولية. يكونوا قد امتثلوا للالتزام الواقع على عاتقهم. بموجب عقد تولية المهمة. بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. وبالتالي فإن استناد المحكمين إلى قواعد القانون التجارى الدولي لا يعد غصبا منهم لسلطة التحكيم مع التفويض بالصلح.

بيد أن السؤال الذى يثور الآن هو: ما هو القانون التجارى الدولي؟ وما هى مصادره ومكوناته؟ وهل يعد نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته أم لا؟ هنا ما سنحاول الإجابة عليه فى الفقرات التالية.

#### ١ - ماهية القانون التجارى الدولي:

تعددت التعاريف التى قال بها أنصار هذا القانون. فقد عرفه الفقيه «Goldman»<sup>(١)</sup> بأنه «مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التى غدت تدريجيا. ولا زالت تغذى الهياكل القانونية والسير القانونى الخاص بجماعة المتعاملين فى مجال التجارة الدولية». وأول ما يمكن أن نلاحظه على هذا التعريف أن صاحبه قد ركز فيه على بيان مكونات ومصادر هذا القانون التى سنعرض لها فيما بعد.

وقد عرفه الفقيه «Fouchard»<sup>(٢)</sup> بأنه «ذلك القانون الذى يتكون ويطبق ويصدق عليه بمبدأ عن الكوادر والسلطات الوطنية. وفى داخل الجباغات الإنسانية التى لا تتكون فى لمن أمة معينة. ولكن فى لمن مهنة أو حرفة أو عدة مهن أو حرف. وعلى نحو أكثر شمولاً لدى المجتمع الدولي للتجار».

ويركز هذا التعريف على إبراز أهم خصائص هذا القانون. إذ أن قواعد هذا القانون تتميز بسمه مشتركة وهى كونها غير صادرة عن الدول.

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex mercatoria dans ... Op. Cit., P. 487.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 402, N° 577.

بيد أن هذا الطابع غير الوطنى له مدلول مزدوج. فإلى جانب كون هذه القواعد غير صادرة عن السلطات التشريعية فى الدول، فإنها لا تخضع لسلطان أى نظام قانونى وطنى.

ففى الواقع، هناك قواعد غير منشأة بواسطة السلطات التشريعية ومع ذلك يمكن أن توصف بأنها قواعد وطنية. كما هو الشأن بالنسبة للقواعد العرفية التى تتكون فى داخل كل دولة. فهذه القواعد وإن كانت ناتجة عن الواقع الاجتماعى *La pratique sociale*، إلا أنها تعد مندمجة فى النظام القانونى للدولة التى تنمو فيها وذلك سواء بالنس إليها صراحة من قبل القانون الوطنى أو بالاعتراف بها وتطبيقها من قبل محاكم الدولة. وهكذا، فإن أهم ما يميز قواعد هذا القانون هو كونها غير صادرة عن السلطات التشريعية للدول، وكونها أيضا غير تابعة لنظام قانونى وطنى معين<sup>(١)</sup>.

وقد عرفه الفقيه Virally<sup>(٢)</sup> بأنه نظام قانونى ثالث منشأ بواسطة الأفراد لكى يحكم روابط القانون الخاص. وقد أوضح الفقيه أن هذا القانون يتكون فى الجزء الأكبر منه من قواعد القانون الخاص، وهو ما يقربه من القوانين الداخلية. بيد أن كونه قانونا غير وطنى يقربه من القانون الدولى. ومع ذلك فإن كون هذا القانون ليس من صنع الدول، فإنه بذلك يتميز عن القوانين الوطنية وعن القانون الدولى. لأن القوانين الوطنية والقانون الدولى من صنع الدول.

كما عرفه «*Dérains*» بأنه «مجموعة القواعد التى تنطبق على الأوجه المتنوعة للنشاط الاقتصادى الدولى، استقداً عن الأنظمة القانونية الوطنية»

(١) راجع فى ذلك:

LOQUIN (F.), *L'application ...* Op. Cit., P. 69, N° 2-3.

(٢) انظر:

VIRALLY (M.), Op. Cit., P. 373.

(٢) انظر

DERAINS (Y.), *Le statut des usages ...* Op. Cit., P. 122.

ويلاحظ أن تعدد التعريفات التي قال بها أنصار هذا القانون، يعكس تعدد المسميات التي أطلقوها عليه. فقد اتجه البعض إلى تسمية هذا القانون «بالقانون التجارى الدولي» «Lex mercatoria»<sup>(١)</sup>، واتجه البعض الآخر إلى تسميته «بقانون عبر الدول» «Droit transnational»<sup>(٢)</sup>، فى حين أن جانباً ثالثاً<sup>(٣)</sup> قد انتقد المصطلحين المذكورين وفضل تسمية هذا القانون «بالقانون غير الوطنى: Droit Anational» وقد انعكس الخلاف حول تعريف هذا القانون، ومسمياته، على مصادره ومكوناته.

## ٢ - مصادر ومكونات القانون التجارى الدولي:

يرى جانب من أنصار هذا القانون أن القانون التجارى الدولي له مصادر عديدة: مصادر دولية كالاتفاقيات الدولية التي تضع قانوناً موحداً Loi uniforme. من ذلك اتفاقية لاهى بشأن البيع الدولي للمنقولات عام ١٩٥٥، ومصادر وطنية كالنصوص التشريعية مثل القانون التشيكوسلوفاكى الصادر عام ١٩٦٢ بشأن التجارة الدولية، والقضاء الوطنى الخاص بالتجارة الدولية، مثل القضاء الفرنسى المتعلق بمسحة شرط الوفاء بالذهب - La clause or - فى مجال القروض الدولية<sup>(٤)</sup>.

والى جانب هذه المصادر ذات الأصل الدولى أو الوطنى. هناك مصادر أخرى لهذا القانون، تتكون من تقنيات العادات والممارسات التجارية المنشأة بواسطة الجمعيات المهنية الخاصة، مثل جمعية لندن لتجارة الحبوب،

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex mercatoria ... Op. Cit., P. 475;  
Frontieres ... Op. Cit., P. 177.

(٢) انظر:

VIRALLY (M.), Op. Cit., P. 373.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP.  
401 - 401. N° 577; LOQUIN (E.), L'application ... P. 67.

(٤) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex ... Op. Cit., P. 477 - 478.

وأيضاً: د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٧٠ ومبعها، بند ٢٨٦ ومبعها.

والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير، والجمعيات المهنية ذات الطابع الدولي. مثل غرفة التجارة الدولية. وكذلك التقنيات الصادرة عن المنظمات الدولية العامة، مثل المجلس الاقتصادي لأوروبا التابع للأمم المتحدة. ومجلس المعونة الاقتصادية التابع لدول أوروبا الشرقية، والذي يسمى بالكوميكون «Comecon». وتتخذ هذه المصادر تارة شكل الشروط العامة والتي تلحق بها قواعد الانكوتيرمز «Incoterms» الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، وتارة أخرى تتخذ شكل العقود المسماة بالمقود النموذجية «Contrats - type». هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم التجارى الدولي الذى يعطى سلطته للعادات المتبعة، ويساعد على تحديد مضمونها، بل وينشئ عادات جديدة. هذا إلى جانب دور قضاء التحكيم فى استخلاص المبادئ العامة للقانون<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه يرى هذا الجانب الفقهى أن القانون التجارى الدولي يشمل مجموعة القواعد الموضوعية التى تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية. فبهذه القواعد سواء أكانت مستمدة من مصادر دولية كالاتفاقيات الدولية التى تمنح قوانين موحدة أو من مصادر وطنية كالتشريعات المتعلقة بالتجارة الدولية أو القضاء الوطنى، تعد من العناصر المكونة للقانون التجارى الدولي. وذلك بالقدر الذى تتعلق فيه هذه القواعد بالتجارة الدولية وحدها. وبالحاجات الخاصة بها. وإلى جانب هذه القواعد، هناك جزء من هذا القانون يتكون بشكل تلقائى Spontané من العادات المقتنة بواسطة المهنيين، والتنظيمات القانونية والشروط التعاقدية التى يودى تكرار العمل بها إلى رفعها إلى مصاف القواعد العرفية، وكذلك من أحكام التحكيم<sup>(٢)</sup>.

هذا فى حين يرى جانب آخر استعداد المصادر ذات الأصل الدولي، وكذلك المصادر ذات الطابع الوطنى من إطار القانون التجارى الدولي. فإذا

(١) انظر: LEVEL (P.), Le contrat dit ..., Op. Cit., P. 212.

(٢) انظر: GOLDMAN (B.), La lex ..., Op. Cit., P. 477 - 478.

كان صحيحاً أن الحلول التي تقدمها هذه المصادر تتلاءم مع حاجات التجارة الدولية. بيد أنها حلول موحدة بواسطة الأجهزة التابعة للأنظمة القانونية الوطنية أو النظام الدولي. وإن أضالة القانون التجاري الدولي تتبطل في كونه قانوناً تلقائياً. أي قانون منشأ بواسطة مجتمع التجار ذاته «La societas mercatorum». ومن ثم يجب البحث عن هذا القانون بعيداً عن المصادر الوطنية والدولية على حد سواء. ويرى هؤلاء أن مصادر هذا القانون تتبطل في التنظيمات المنشأة بواسطة المنظمات المهنية. وكذلك المقود. وإن هذا القانون يتكون من عادات وممارسات التجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

إلى جانب ذلك، لقد احتدم الخلاف بين أنصار هذا القانون حول ما إذا كانت المبادئ العامة للقانون تعد من مكونات القانون التجاري الدولي أم لا. فقد ذهب جانب منهم<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن هذه المبادئ لا تمد من مكونات هذا القانون. لأن هذه المبادئ تتواجد في كل الأنظمة القانونية الوضعية ولا تتمتع بخصوصية تكفل لها الاستقلال عن هذه الأنظمة. كما أنها لا تختلف من حيث طبيعتها ومضمونها عن القواعد الداخلية في الدول المختلفة.

في حين ذهب جانب آخر<sup>(٣)</sup>، إلى أن المبادئ العامة للقانون

---

(١) انظر:

LAGARDE (P.), *Approche critique de la lex mercatoria*, études offertes à B. Goldman, Paris, Méc, 1982, P. 128, N° 7 - 8.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), *L'État Face aux usage du commerce international*, T.C.F.D.I.P., 1973 - 1975, PP. 73 - 74.

ولينا:

LAGARDE (P.), *Op. Cit.*, P. 131, N° 12.

(٣) انظر:

GOLDMAN (B.), *La lex ... Op. Cit.*, P. 486, N° 19 - 20.

وفي نفس المعنى انظر:

VIRALLY (M.), *Op. Cit.*, P. 384.

بالمعنى الوارد فى المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية تندرج ضمن القانون التجارى الدولى وتعد أحد العناصر المكونة له. ويقر هؤلاء ذلك بقولهم أن الأطراف المتعاقدة - وهم من الأشخاص الخاصة - لا يقصدون بالإشارة إلى هذه المبادئ الرجوع على وجه التحديد إلى المادة (٢٨) المذكورة، إذ أنه أحد نصوص القانون الدولى العام، ولا يمكن أن تتجه إليه نية الأطراف المتعاقدة. إن هذه المبادئ بطلانها العرفى ومجال تطبيقها ومضمونها تندرج فى هذا القانون الإقتصادى المشترك والذي يشكل على وجه التحديد القانون التجارى الدولى. وعلى الرغم من كون هذه المبادئ مستقاة من الأنظمة القانونية الوطنية، فإن ذلك لا يعنى أنها تستمد سلطتها من تلك النظم، بل من الاعتقاد الراسخ فيها لدى المجتمع الدولى، والذي تم التعبير عنه بواسطة قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولى بإلزامى. ومن بعدها محكمة العدل الدولية، وقضاء محاكم التحكيم فيما بين الدول، والذي يتم إثراؤه حاليا من قبل قضاء محاكم التحكيم فى مجال القانون الخاص.

### ٣ - مدى اعتبار القانون التجارى الدولى نظاما قانونيا مستقلا:

يرى أنصار هذا الرأى أن القانون التجارى الدولى يشكل نظاما قانونيا حيث تتوفر فيه العناصر اللازمة لنشأة النظام القانونى، فمن ناحية، فإن المتعاملين فى مجال التجارة الدولية يشكلون مجتمعا منظما ومتناسكا بالقدر الكافى. وفى هذا الصدد، يذكر الفقيه Goldman<sup>(١)</sup>، أن المتعاملين فى مجال التجارة الدولية يشكلون وحدة اجتماعية خاصة. وإذا كان من الممكن الاحتجاج بأن هذا المجتمع غير متجانس Hétérogène، ومكون من العديد من مجتمعات التجار، بيد أن هذا الأمر يتواجد أيضا فى مجتمعات الدول المختلفة، حيث أن التجار، والزراعيين، وأعضاء المهن الحرة يشكلون مجتمعات مستقلة فى داخل المجتمع الكلى. كذلك الحال بالنسبة لمجتمعات التجار فهى تشكل على صعيد التجارة الدولية، مجتمعا كليا.

(١) انظر:

ومن ناحية ثانية فإن هذا المجتمع تتوفر لديه المؤسسات التي تسهر على احترام وتطبيق قواعده القانونية. ومن أمم هذه المؤسسات، المحكمون وهيئات التحكيم، حيث يعد التحكيم سلطة قضائية حقيقية للمجتمع الدولي للتجار<sup>(١)</sup>. كذلك أيضا الجمعيات والمنظمات المهنية والتي يرى فيها أنصار هذا القانون أنها بمثابة سلطات مهنية تتولى تنظيم المهنة وتفرض القواعد التي تتولى وضعها على المتعاملين في إطارها<sup>(٢)</sup>.

وأخيرا، فإن قواعد هذا القانون تقرن بجزاءات من نوع خاص تتلاءم مع مجتمع التجار. وهذه الجزاءات متنوعة، فهناك جزاءات مالية مثل التزام الأطراف بتقديم ضمان مالي من أجل ضمان مصاريف التحكيم أو تنفيذ أحكام التحكيم، وهناك جزاءات أدبية Morales مثل نشر حكم التحكيم، هذا بالإضافة إلى الجزاءات المهنية مثل الاستبعاد من البورصة التجارية أو من بعض الصليات التجارية<sup>(٣)</sup>.

ولكن على الرغم من اعتراف أنصار هذا القانون بأنه يشكل نظاما قانونيا، إلا أنهم يعترفون بأنه نظام قانوني ناقص وغير كامل<sup>(٤)</sup>. ويرجع ذلك - في نظرهم - لسببين:

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 403, N° 580.

ولينا:

LEVEL (P.), Le contrat dit ... Op. Cit., P. 215.

(٢) انظر:

LOQUIN (E.), L'application ... Op. Cit., P. 115 - 116  
:GOLDMAN (B.), Frontières ... Op. Cit., P. 180.

(٣) انظر:

GOLDMAN (B. ), Frontières ... Op. Cit., PP. 191 - 192.

وانظر مع المزيد من التفصيل:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 468 et SS, N° 652 et SS.

(٤) انظر:

GOLDMAN (B.), Frontières ... Op. Cit., P. 189, et une bataille ... Op. Cit., P. 407, N° 26; VIRALLY (M.), Op. Cit., PP. 377 - 378 et P. 385.



فمن ناحية، إن هناك العديد من المسائل التي لا توجد لها حلول في قواعد القانون التجارى الدولي. ومن ثم يكون التجاء المحكمين إلى قانون وطني معين أمراً لا مفر منه بالنسبة لها. من ذلك أهلية الأطراف المتعاقدة، والتراضى وسلطات أعضاء أو ممثلى الشركات التجارية. ومدد التقادم، وسفر الفائدة .... الخ. فكل هذه المسائل تخضع بطبيعتها لنظام قانونى وطنى معين، ولا يجوز للبتاملين فى مجال التجارة الدولية إعطاء حلول مستقلة لها. إلى جانب ذلك، فإن القوانين الوطنية تختلف اختلافاً بينا بالنسبة لهذه المسائل بحيث لا يكون فى مقدور المحكمين إبراز قانون مشترك بالنسبة لها. ولذلك فإن على المحكمين، فى ظل عدم وجود قواعد موحدة دولياً بالنسبة لهذه المسائل، البحث عن القانون الوطنى المختص والقيام بتطبيقه<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن استقلال هذا القانون ليس كلياً. حيث يبدو من الصعب بالنسبة للمحكم الذى يهتم بإجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم بعد صدوره أن يتجاهل النصوص الأمرة فى القانون المختص. فعلى الرغم من أن المجتمع الدولى للتجار يتمتع بدرجة كبيرة من الاستقلال فى صياغة القواعد الخاصة به، إلا أنه يظل هناك مجال محجوز للقانون الوطنى لا يمكن للأطراف المتعاقدة التخلص منه. فكل ما يمس عن قرب السياسة الاقتصادية للدول (لوائح النقد الدولى، تراخيص الاستيراد أو التصدير،

---

- وأيضاً: د. هشام صادق، القانون وإلجى التطبيق ..... المرجع السابق، ص ٦٩١.  
بند ١٨٨، د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٧١ ومبعضها، بند ١١١ ومبعضه.

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 352 - 353, N° 534; GOLDMAN (G.), Frontières ... Op. Cit., P. 189; La lex ... Op. Cit., PP. 479 - 480; et les conflits de lois ... Op. Cit., P. 479.

وأيضاً د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق ..... المرجع السابق، ص ٢٦٢.  
بند ١٨٩ د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٧٢، بند ١١٥.

الأنظمة الضريبية والجمركية للتجارة الدولية)، وكل مسائل القانون التجارى التى تعتبرها الدول من النظام العام (قوانين النقل، والبنوك، والتأمين، والشركات ... الخ) لا يمكن أن تخضع بطبيعتها إلا إلى قانون وطنى معين<sup>(١)</sup>.

وترتيا على أن القانون التجارى الدولى يعتبر نظاما قانونيا ناقصا وغير كامل ولا يتمتع بالاستقلال الكامل تجاه القوانين الوطنية، انتهى أنصار هذا القانون إلى بقاء الحاجة إلى منهج تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق من أجل سد الثغرات وتكملة النقص والقصور فى أحكام القانون التجارى الدولى<sup>(٢)</sup>.

### تقدير هذا الرأى:

يذهب جانب من الفقه<sup>(٣)</sup> - ويحق - إلى رفض اضفاء صفة النظام القانونى على قواعد ما يسمى بالقانون التجارى الدولى. ويستندون فى ذلك إلى عدة حجج:

فمن ناحية إن القول بوجود نظام قانونى يفترض وجود مجتمع

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 351 - 352, N° 534; L'autonomie ..., Op. Cit., P. 106.

وفى نفس المعنى انظر:

LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres ..., Op. Cit., P. 340, N° 85.

(٢) راجع: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص ٢٦١ ومليسا، بند ١٩٠، د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٨٥ ومليسا، بند ٤٦١ ومليسا.

(٣) انظر صفة خاصة:

KASSIS (A.), Op. Cit., P. 391 etSS., N° 607 etSS.

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 130 etSS., N° 10 etSS.

وأيا: د. سعيد محسوب عبدالمجيد، نشأة وتطور قانون التجارة الدولى دراسة تاريخية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جلسة القاهرة، ١٩٩٥، خصوصا ص ٢٢٨ ومليسا.

منظم يتمتع بالقدر الكافى من الوحدة والتماك والتضامن بين أعضائه. ومن  
المعوية بمكان القول بتوافر عنصر التنظيم فى مجتمع التجار. فهذا المجتمع  
يفتقد إلى الوحدة والتماك اللازمين لأى نظام قانونى. ويكشف الواقع  
الملى عن وجود العديد من التنظيمات الصغيرة فى مجال التجارة الدولية.  
ولا يكشف عن وجود تنظيم واحد<sup>(١)</sup>.

ويرجع افتقاد مجتمع التجار للتماك والتضامن بين أعضائه، وانعدام  
التجانس بين المتعاملين فى مجال التجارة الدولية ليس فقط إلى الاختلاف  
والتنازع فى المصالح والأهداف بين التجمعات المهنية المتعددة، بل أيضا إلى  
الاختلاف والتنازع فى المصالح والأهداف بين الدول، وهو ما يظهر بوضوح  
فى العلاقات ما بين دول أوروبا الغربية ودول أوروبا الشرقية. كما يظهر  
بشكل أكثر وضوحا فيما بين الدول النامية والدول المتقدمة<sup>(٢)</sup>.

ولذلك فإن الوسط الذى تنمو فيه التجارة الدولية يعد متنا  
ومتنوعا وممزقا بحيث يكون من الشكوك فيه أن يقدر هذا الوسط على أن  
يشكل إطارا لمجتمع أو لجماعة تحوز الحد الأدنى من التنظيم، على غرار  
النماذج الأخرى للأنظمة القانونية<sup>(٣)</sup>.

ومن ناحية ثانية، فإن النظام القانونى لا يتصور وجوده بغير  
القواعد الأمرة. فهذه القواعد هى التى تنظم المجتمع وتحدد تصرفات  
أعضائه. ولذلك فإن هذه القواعد تعد جوهر التنظيم فى المجتمع. وبناء  
عليه، فإنه فى الحدود التى يقدر فيها مجتمع التجار على وضع أو من

(١) انظر:

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 133 et SS., N° 15 et SS.,  
Spec. P. 139, N° 21; KASSIS (A.), Op. Cit., PP. 398 -  
399, N° 623 et 624.

(٢) انظر:

KASSIS (A.), Op. Cit., P. 400, N° 625.

(٣) انظر:

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 138, N° 19.

القواعد الأمرة، وفي هذه الحدود فقط، يمكن أن يشكل هذا المجتمع نظاما قانونيا. أما بالنسبة لقواعد هذا القانون والتي تتكون من العقود النموذجية، والعادات التقننة، والشروط العامة، فإنها لا تعد قواعد أمرة، بل هي في أفضل الأحوال تعد قواعد مفسرة أو مكملة (١).

ومن ناحية ثالثة، فإن كل نظام قانوني لابد وأن تقتزن قواعده بجزء يكفل لها احترامها وبقائها. وقواعد القانون التجاري الدولي ليست مصحوبة بأية جزاءات، وذلك أمر طبيعي بالنظر لكونها مجرد قواعد مكملة. فالجزاء يترقر لمخالفة القاعدة الأمرة، ولا يوجد جزاء للقاعدة المعدلة لتكملة التقصر في الشروط التعاقدية.

أما الجزاءات التي يتكلم عنها المدافعون عن القانون التجاري الدولي، والتي يرونها جزاءات من نوع خاص، فهي جزاءات يتم اتخاذها ضد المتعاملين الراضين لتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالي تكون القاعدة الأمرة الوحيدة هي احترام حكم التحكيم، بيد أن وجود قاعدة أمرة واحدة مصحوبة بجزاءات مهنية خاصة لا يكفي لتكوين نظام قانوني (٢).

كما لا يسمح القول بأن هذه القواعد مصحوبة بجزاء هو التنفيذ الجبري الذي يتم منحه لحكم التحكيم بفضل تدخل السلطة العامة في الدولة إلا إذا كان هذا الحكم مخالفا للنظام العام في البلد المطلوب فيها التنفيذ. لأن هذا القول يتجاهل أن التنفيذ الجبري لا يمنع لحكم التحكيم إلا بالجوء إلى السلطة العامة في النظام الوطني، وأن الدولة المطلوب فيها التنفيذ يمكنها رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا لم تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها قانونها الوطني. كما أنه يتجاهل أن التنفيذ الجبري يعد جزاءا لحكم التحكيم وليس جزاءا لقاعدة قانونية (٣).

(١) انظر:

KASSIS (A.), Op. Cit., P. 404, N° 633.

(٢) انظر:

KASSIS (A.), Op. Cit., PP. 404 - 405, N° 634.

(٣) انظر:

Ibid, P. 405, N° 635.

ومن ناحية رابعة، فإن القول بأن التحكيم يعد قضاءا حقيقيا لمجتمع  
التجار الدولي، من أجل الوصول بعد ذلك إلى اعتبار هذا القضاء أحد  
المصادر الأساسية للقانون التجاري الدولي - على غرار قضاء المحاكم  
الوطنية - قول مردود ولا يمكن الأخذ به للعديد من الأسباب:

أ - إن وظيفة القاضي تختلف عن وظيفة المحكم. فالقاضي يمارس  
وظيفة عامة ثابتة ومستمرة، ولا يستمد سلطته من أطراف النزاع، بل من  
النظام القانوني الذي ينتمي إليه. ولذلك فإن القاضي يعد الحارس للنظام  
القانوني في المجتمع، وهو الأمر الذي لا نجد له مثيلا لدى المحكم.  
فالمحكم لا يمارس وظيفة عامة ثابتة ومستمرة، ويستمد سلطته في الفصل  
في النزاع المعروض عليه من أطراف النزاع أنفسهم، وهي سلطة محدودة  
بالفصل في النزاع المطروح عليه.

ولذلك، فإن المحكم لا يتحول إلى قاض، بل يظل فردا عاديا. ولما  
كان المحكم يستمد سلطته من اتفاق الأطراف، فإن هذا الاتفاق لا يمكنه  
بداهة أن يمنحه سلطة عامة لوضع قواعد قانونية يكون لها قيمة تتعدى  
أطراف النزاع والتقنية المنظورة أمامه<sup>(١)</sup>.

ب - إن القول بأن التحكيم يعد قضاءا حقيقيا لمجتمع التجار  
يفترض وجود تنظيم، وفي داخل هذا التنظيم يوجد تدرج. فهل يوجد  
في نظام التحكيم محكمة عليا، على غرار محكمة النقض بالنسبة للقضاء  
الوطني، ترأب محاكم التحكيم المختلفة، وتعمل على توحيد الحلول التي  
تقررها هذه المحاكم وتفرضها بحيث يكون هناك قضاء حقيقي يسير المحكم  
على هداية<sup>(٢)</sup>.

ج - إن مراكز التحكيم ومؤسساته - والتي تعد في نظر أنصار  
القانون التجاري الدولي المؤسسات التي تسهر على احترام قواعد هذا القانون

Ibid, PP. 508 - 509, N° 794.

(١) نظري.

Ibid, P. 509, N° 795.

(٢) تشري.

وتطبيقه - هي مراكز متعددة وذات درجات متفاوتة. ونشأت منفصلة *enracinées* في أوساط قانونية مختلفة. فمنها ما هو قائم في بلدان أوروبا الغربية، ومنها ما هو قائم في بلدان أوروبا الشرقية، ومنها ما هو قائم في البلدان العربية. ومن ثم لا يمكن النظر إلى هذه المؤسسات على أنها بمثابة أجهزة لنظام قانوني واحد، هو النظام القانوني لمجتمع التجار *Societas mercatorum*. كما أنه من الشكوك فيه أن يكون لهذه المؤسسات مفهوم واحد لهذا المجتمع، بل يمكن القول، من باب أولى، أن هذه المؤسسات في الحدود التي ينظر إليها على أنها قوى اقتصادية خاصة - قد تولت أمر الوسط عبر الدولي *L'espace transnational* لتنظيمه من أجل تحقيق مصالحها، وليس من أجل بناء قانون دولي للتجار يتلاءم مع مقتضيات التجارة، ويحقق العدالة فيما بينهم<sup>(١)</sup>.

ونحن من جانبنا - وبدون الدخول في تفاصيل كثيرة<sup>(٢)</sup> - نرفض التسليم بهذا الرأي مطلقاً. إذ أنه من غير المقبول - لدينا - القول بوجود قانون مصادره ومكوناته هي العقود النموذجية، والشروط العامة، والعادات المتبعة في مجال التجارة، وأحكام التحكيم. إن الأمر لا يبدو أن يكون مجرد عادات وأعراف أراد أصحاب هذا الرأي أن يجعلوها قانوناً يحكم العقد. وفي حقيقة الأمر، أن هذا الرأي يشير لدى الشكوك والعديد من التساؤلات حول السبب الذي دفع هؤلاء الفقهاء بأن يدلوا بهذا الرأي، وأن ينظروا إلى العقود، والشروط العامة، وأحكام التحكيم على أن لديها القدرة على أن تصنع قانوناً. إنه من غير الممكن التسليم بهذا القول إلا إذا سلمنا أيضاً - وفقاً لمنطلق أصحاب هذا الرأي - بأن أطراف هذه العقود وكذلك المحكمين، يعتبرون سلطات تشريعية قادرة على سن القوانين. إن هذا الرأي في حقيقته ليس إلا تطبيقاً لنظرية القانون الذاتي للعقد. إن ما نقول به

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 138.

(١) فطر:

(٢) إن عرض هذا الاتجاه ومناقشته على نحو تفصيلي يحتاج إلى دراسة مستقلة. انني في السجل القريب القيام بهذه الدراسة.

ليس محض إفتراء ندعيه، بل إن الاطلاع على كتابات بعض أنصار هنا الاتجاه يؤكد صحة ما نقول به. ونذكر هنا، على مسيل المثال، ما ذكره الأستاذ Goldman، والذي يعد من أوائل المدافعين عن هذا القانون - قائلا «إن العقود التي تحيل إلى العقود النموذجية لا تكون محكمة بقانون دولة معينة أو بقانون موحد معتمد بواسطة اتفاقية مبرمة بين الدول، بل تكون محكمة بالعقود النموذجية ذاتها. كما أن هذه العقود لا تقتصر دانيا على تقنين العادات الموجودة سلفا، بل تنشئ أيضا قواعد جديدة مختلفة عن قواعد القوانين الوطنية، ومستوحاة في الحقيقة من مصالح الشركاء الأكثر قوة في بعض الأحيان. ولكن في حالات أخرى مستوحاة من المصالح المشتركة للأطراف المتعاقدة»<sup>(١)</sup>.

على أية حال، لقد سجل أنصار هذا الرأي انتصارا جزئيا على صعيد الاتفاقيات الدولية. وقواعد التحكيم ذلت الطبيعة الدولية. وكذلك على صعيد القوانين الوطنية الحديثة السائدة بشأن التحكيم الدولي. إذ أن كل هذه الوثائق قد نصت على أن يراعى المحكم عند الفصل في النزاع شروط العقد وعادات التجارة. فالاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١ بعد أن نظمت في المادة (٧) منها مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. أوضح نفس النص أنه سواء أكان هذا القانون مختارا بواسطة الأطراف أو بواسطة المحكمين، فإن على المحكمين، في كلتا الحالتين، أن يأخذوا في الاعتبار شروط العقد وعادات التجارة. كذلك الأمر بالنسبة لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦، فيد أن يبينت المادة (١٢) منها كيفية تحديد القانون واجب التطبيق، نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه «وفي جميع الأحوال، تفصل محكمة التحكيم طبقا لإشترطات

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), *Frontières ... Op. Cit.*, P. 180.

وانظر في نفس المعنى:

FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage commercial ... Op. Cit.*, PP.

408 - 409, N° 588.

المقد. وتراعى عادات التجارة واجبة التطبيق على العلاقة». كما نص على ذلك أيضا القانون النموذجي (م ٤/٢٨)، وقواعد التحكيم نافذة لدى غرفة التجارة الدولية (م ٥/١٢)، وغالبية القوانين الحديثة مثل القانون الفرنسى (م ١٤٩٦)، والقانون المصرى (م ٢/٢٩)، والقانون السويسرى (م ١٨٧).

وبالانتهاء من هذا رأى الأخير نكون بذلك قد انتهينا من عرض الحلول الفقهية المختلفة التى قيل بها بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بواسطة الدولة والأجهزة التابعة لها مع الشركات الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول.

وعلى الرغم من الانتقادات التى وجهت إلى هذه الحلول إلا أن البعض منها قد لاقى تطبيقا من قبل أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات التى ثارت بين الدول المنتجة والأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم. كما أن هذه الحلول الفقهية - وكذلك الحلول التى قننت بها أحكام التحكيم - قد استندت على الشروط التعاقدية التى تضمنتها عقود البترول. وهو ما سنعرض له فى البحث الثالث والمخصص لأحكام التحكيم والممارسة التعاقدية.

### **المبحث الثالث**

#### **أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية**

بعد ان عرضنا للحلول الفقهية المختلفة بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول. نتعرف فى هذا البحث على الحلول التى أخذت بها أحكام التحكيم فى هذا المبد. كما نتعرف أيضا على موقف الأطراف أنفسهم من خلال فحص الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق التى تضمنتها عقود البترول. وذلك كل فى مطلب مستقل.



## المطلب الأول

### أحكام التحكيم

كانت المنازعات الناشئة عن عقود البترول محلاً للعديد من أحكام التحكيم، والتي من أهمها الأحكام الصادرة في القضايا التالية: قضية أبي ظبي، وقطر، وسافير، وأرامكو، والبرتش بتروليم، وليامكو، وتكساكو، وأمينويل. ونعرض لهذه الأحكام تباعاً.

أولاً: حكم التحكيم الصادر في قضية أبي ظبي سنة ١٩٥١<sup>(١)</sup>:

في هذه القضية لم يكن عقد امتياز البترول موضوع النزاع يتنص نصاً صريحاً وواضحاً يحدد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ومن ثم فقد بدأ المحكم الوحيد في هذه القضية اللورد Asquith بالبحث عن النظام القانوني الوطني واجب التطبيق باعتباره القانون المناسب للعقد مؤكداً على أن «الأمر يتعلق بمقدّم إبرامه في أبي ظبي ويجب أن ينفذ بالكامل في هذا البلد. فإذا كان هناك قانون داخلي واجب التطبيق. فإنه يجب من أول وهلة أن يكون قانون أبي ظبي»<sup>(٢)</sup>. بيد أن المحكم رفض الأخذ بهذه النتيجة التي توجب الأخذ بها قواعد الإسناد المتعلقة بالمعقود ذات الطابع الدولي في القانون الدولي الخاص، وذلك بقوله «بيد أنه لا يمكن

(١) وتغلب وقائع هذه القضية في أن الشيخ شخبوط حاكم أبي ظبي قد منح امتيازاً بترولياً في سنة ١٩٢٩ لشركة تنمية البترول المحدودة للبحث والتنقيب عن البترول واستغلاله في الأقاليم البرية الخاضعة لسلطته وكذلك في الجزر واليه الأقلية التابعة له ولما شرع الشيخ في منح امتياز بترولي للبحث والتنقيب عن البترول واستغلاله في منطقة الجرف القاري لشركة بترولية أخرى، نازعت شركة تنمية البترول المحدودة في ذلك على أساس أن امتيازها المبرم في عام ١٩٢٩ يشمل أيضاً منطقة الجرف القاري وتطبيقاً لشرط التحكيم الوارد في العقد، لجأ الطرفان إلى التحكيم وتم تعيين اللورد أسكويث Asquith كمحكم وحيد للفصل في هذه القضية. راجع قسماً منشور في: I.L.R., 1951, P. 144 et S. وفي التعليق عليه انظر: د. مكية راشد، دور التحكيم في تمويل المعقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٤٤ - ٥٠، بند ٢١، وقطر أيضاً:

CHAMY (E.), Op. Cit., PP. 103 - 104, N° 100.

I.L.R., 1951, P. 149.

(٢) انظر:

القول بوجود مثل هذا القانون. فالشيخ يمارس عدالة تقديرية محضة مستعينا في ذلك بالقرآن. ولا يتصور أن يوجد في هذا الاقليم البدائي مجموعة من المبادئ القانونية واجبة التطبيق على أدوات التجارة الحديثة<sup>(١)</sup>.

وبعد استبداده للنظام القانوني الداخلي الوحيد الذي يمكن إسناده المقدر إليه قانونا وذلك بحجة تخلفه، اتجه المحكم إلى تطبيق ما أسماه «المبادئ الراسخة في العقل السليم والممارسة المشتركة في الأمم المتحضرة كنوع من القانون الطبيعي الحديث»<sup>(٢)</sup>. ولقد استند المحكم في سبيل تأييده لهذا الحل على إرادة الأطراف المتعاقدة - تلك الإرادة التي نسبها هو إليهم - حيث قرر أن الأطراف قد ضمنوا عقدهم نساء يقضى بتنفيذ وتفسير المقدر وفقا لحسن النية والثقة المتبادلة والتفسير المعقول، فإنهم بذلك يكونوا قد رفضوا تطبيق أي قانون داخلي. ومع ذلك، لقد أنهى المحكم في هذه القضية إلى تطبيق القانون الانجليزي - قانون الشركة المتعاقدة - وذلك بدعوى أنه يعد نموذجا للقانون الطبيعي الحديث ويشتمل على هذه المبادئ.

ويمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا الحكم:

١ - إن القول بأن الشيخ يمارس عدالة تقديرية محضة مستعينا في ذلك بالقرآن قول مردود. فالقرآن لا ينشئ عدالة تقديرية. إذ أنه يأمر بأن تكون العدالة في ممارسة السلطة لها عدالة مطلقة بدون تمييز بسبب الدين

---

(١) انظر: Ibid, P. 149, حيث يذكر أن:

«But no such law can reasonably be said to exist. The sheikh administers a Purely discretionary justice with the assistance of the koran, and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments».

(٢) انظر الحكم حيث يقول:

«Principles rooted in the good sense common practice of the generality of civilized Nations a sort of modern law of Nature». Ibid, P. 149.

أو الجنس أو اللون أو القرابة<sup>(١)</sup> . حيث يقول الله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»<sup>(٢)</sup>. كما أن القول بأن القانون الإسلامي قانون متخلف كان متوقفا فيما بعد من قبل محكمة التحكيم التي فصلت في قضية أرامكو ضد السعودية، إذ أنها أكدت على أن «يستخلص من الفقه والمعلومات المقدمة من كل من الطرفين أن المملكة العربية السعودية تنتمي إلى أحد الأنظمة القانونية الكبرى في العالم وهو النظام القانوني الإسلامي»<sup>(٣)</sup>.

٢ - إنه من الصعب تفسير مجرد الإشارة في العقد إلى مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة والتفسير المعقول على أنه يفيد رغبة الأطراف في استبعاد تطبيق كل قانون داخلي. كما أنه من الصعب تفسير هذا الشرط على أنه يعبر ضمناً عن رغبة الأطراف في تطبيق المبادئ العامة للقانون على العقد موضوع النزاع<sup>(٤)</sup>. والحقبة - على حد تعبير بعض الفقهاء<sup>(٥)</sup> - هي أن المحكم اتخذ ذلك الشرط ذريعة ليبرر قانوناً جهله بأحكام الشريعة الإسلامية التي رماها بالتخلف من مطلق تعصب ديني أعمى.

٣ - إن التجاء المحكم إلى المبادئ العامة للقانون أو القانون المطبوع الحديث لم يكن سوى ستار للوصول إلى تطبيق قولعة القانون الانجليزي، أي قانون الشركة المتعاقدة، باعتباره التجسيد الحي لتلك المبادئ<sup>(٦)</sup>.

٤ - إن تكملة النقص والتصور الذي يعتري القانون واجب التطبيق

(١) وفي نفس المعنى راجع: ZAHl (A.), Op. Cit., P. 335.

(٢) الآية رقم ٥٨ من سورة النساء.

(٣) انظر الحكم: Rev. Crit., 1963, P. 310.

(٤) انظر في نفس المعنى:

EL-KOSHERI (A.S.), Le régime juridique .... Op. Cit., P. 311.

(د) انظر: د. سمية رشيد، دور التحكيم في تمويل العقود، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٦) راجع: د. سمية رشيد، المرجع المذكور أعلاه، ص ٩٩.

لا يكون باستبعاد تطبيق هذا القانون، على نحو ما فعل الحكم المذكور. وإنما يكون من خلال تطبيق المصادر الاحتياطية في القانون واجب التطبيق ذاته. فالقوانين الوطنية غالباً ما تشتمل على مصادر احتياطية يتعين اللجوء إليها في حالة عدم وجود نصوص واجبة التطبيق على موضوع النزاع أو في حالة عدم كفايتها. ومن هذه المصادر المبادئ العامة للقانون أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العالة.

ثانياً: حكم التحكيم الصادر في قضية قطر سنة ١٩٥٣ (١):

وفي هذه القضية أيضاً لم يكن عقد امتياز البترول موضوع النزاع يتضمن نصاً صريحاً وواضحاً يحدد القانون واجب التطبيق على العقد. ولذلك فقد بدأ الحكم Alfred Bucknell بالبحث عن النظام القانوني واجب التطبيق مؤكداً على أنه «إذا أخذنا في الاعتبار موضوع العقد، فإنه من الصعب تسييره بعيداً عن قانون قطر». فالحكومة تدّعي ملحقاً في العقد، كما تم اختيار إقليم قطر كمقر لمحكمة التحكيم، بالإضافة إلى أنه قد تم تحرير العقد باللغة العربية واللغة الانجليزية. إن كل هذه العناصر تشير إلى القانون الإسلامي. القانون المطبق في قطر، باعتباره القانون الذي يحكم العقد» (٢).

(١) وتلخص هذه القضية في أن نزاعاً قد نشب بين حاكم قطر والشركة البحرية الدولية للبترول «International Marine oil company» بمنسبة عقد امتياز البترول المبرم بينهما عام ١٩٢٥، وذلك عندما انتهت الشركة هذا العقد ورفضت سداد الدفعات المالية المستحقة عن السنة الأخيرة التي انتهت فيها العقد. راجع الحكم منشور في: I.L.R., 1953, P. 534 et S. وفي التعليق عليه لقطر: د. سمية راشد، دور

التحكيم في تمويل العقود، المرجع السابق، ص ٥٠ - ٥١، بند ٢٢.

(٢) انظر الحكم: I.L.R., 1953, P. 544، حيث يذكر أنه:

«if one considers the subject matter of the contract it is oil to be taken out of ground within the jurisdiction of the ruler. That fact, together with the fact that the ruler is a party to the contract and had, in effect, the right to nominate Qatar as the place where any arbitration arising out of the contract should sit, and the fact that the agreement was written in arabic as well as english, Points to islamic law, that being the law administered at Qatar

ومع ذلك فإن المحكم اتجه إلى تأييد وجهة النظر التي سبق وأن أخذ بها المحكم اللورد «اسكويث» في قضية أبي طيبي، والتي مفادها أن النظام القانوني المطبق في قطر على أساس الشريعة الإسلامية - غير مؤهل لحكم الامتيازات البتولية الحديثة. وذلك بقوله «بيد أنني على قناعة أن هذا القانون (القانون الإسلامي المطبق في قطر) لا يشتمل على المبادئ الكافية لتفسير مثل هذا العقد»<sup>(١)</sup>.

وبعد أن استبعد المحكم أعمال النظام القانوني القطري وإيجاب التطبيق على العقد وفقاً لقواعد الإسناد المتبعة في القانون الدولي الخاص وذلك بحجة تخلفه، انتهى إلى تطبيق ما أسماه بمبادئ العدل والإنصاف والتمييز اليقظ مندا ذلك إلى إرادة الأطراف. وذلك بقوله «في رأي أن أي من الطرفين لم يقصد تطبيق القانون الإسلامي المطبق في قطر، بل إن الطرفين قد أرادوا إخضاع هذا العقد لمبادئ العدل والإنصاف والتمييز اليقظ»<sup>(٢)</sup>.

ويمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا الحكم:

- ١ - إن المحكم قد أسند للأطراف إرادة لا وجود لها وذلك عندما قرر أن الطرفين قد أرادوا إخضاع العقد محل النزاع لمبادئ العدل والإنصاف والتمييز اليقظ.
- ٢ - إن المحكم لم يحدد المقصود بمبادئ العدل والإنصاف

---

(١) انظر الحكم حيث يذكر أن:

«I am satisfied that the law (the Islamic law as administered in Qatar) does contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract». Ibid, P. 544.

(٢) انظر الحكم إذ يذكر أن:

«In my opinion neither party intended Islamic law to apply, and intended that the agreement was to be governed by the principles of justice, equity and good conscience». Ibid, P. 546.

والضير ليقظ وما إذا كانت هذه المبادئ مرادفة للمبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولي أو القانون الداخلي<sup>(١)</sup>.

٢ - إن المحكم قد انتهى في تقريره للحل الذي قضى به إلى الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي سبق وأن قرر عدم ملائمتها لحكم المقدم موضوع النزاع<sup>(٢)</sup>. فبالنسبة لما إذا كانت الإتاوات السنوية تستحق الدفع مقدما أم لا، وما إذا كان يجوز تقسيمها إلى حصص تدفع على فترات زمنية متعاقبة، استند المحكم إلى أن الشريعة الإسلامية تقر تقسيم الإتاوات إلى حصص تدفع على أقساط<sup>(٣)</sup>.

ثالثا: حكم التحكيم الصادر في قضية سافير Sapphire<sup>(٤)</sup>:

بعد أن أكد المحكم الوحيد في هذه القضية الأستاذ Cavin على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية، وبعد أن لاحظ أن المقدم موضوع النزاع لم يتضمن أى اختيار صريح من قبل الطرفين، قرر أنه هو الذي سوف يتولى تحديد النظام القانوني الأكثر ملاءمة وفقا للبوضرات الدالة على إرادة الأطراف وخصوصا البوضرات الكامنة في المقدم.

- وقد أوضح المحكم أن كل من ضابط محل إبرام المقدم، وضابط محل تنفيذه يشهدان لصالح تطبيق القانون الأيراني. بيد أنه قد رفض الأخذ بهذه النتيجة التي تفرضها قواعد الاسناد المعمول بها في القانون الدولي الخاص، واتجه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون مستندا في ذلك على العديد من البررات التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

(١) قظر: د. مكية راشد، دور التحكيم في تمويل العقود، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) قظر: د. مكية راشد، دور التحكيم في تمويل العقود، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣) قظر الحكم: I.L.R., 1953, P. 546.

(٤) راجع في هذا الحكم:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse, Op. Cit., P. 273 et SS. Spéc. P. 284 EIS.

١ - إن العقد موضوع النزاع يختلف بمق عن عقود التجارة العادية المستهدفة بالقواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص. فهذا العقد مبني بين شركة وطنية خاضعة للقانون العام من ناحية وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون الخاص من ناحية أخرى. ثم إن موضوع هذا العقد ليس عملية تجارية عادية، بل يمنح شركة سافير الاستغلال الطويل الأجل للثروات الطبيعية على الاقليم الإيراني، ويتضمن لأجل هذا الاستغلال الالتزام باستثمارات ضخمة وإقامة منشآت ثابتة. كما أن هذا العقد يرتب حقوقا ليست تعاقدية خالصة، بل امتيازات تحقق مؤقتا لشركة سافير الحيابة وفي بعض الأحيان الرقابة على الاقليم الإيراني. هذه الامتيازات تضي على العقد ملابعا خاصا يجعله خاضعا للقانون العام والقانون الخاص على حد سواء. وأخيرا فإن هذا العقد يتضمن لصالح الشركة الأجنبية تسهيلات ضريبية ذات طابع عام ظاهر. هذا الطابع العام مؤكد بضرورة التصديق على هذا العقد من قبل السلطة الإيرانية. وبموجب العقد الحالي، تحمل الشركة الأجنبية إلى الدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية تتضمن بالنسبة لها استثمارات ومسئوليات ومخاطر على جانب كبير من الأهمية. ولذلك يبدو من الطبيعي إذن أن تكون الشركة الأجنبية محمية ضد التعديلات التشريعية التي يكون من شأنها تعديل اقتصاد العقد، وأن يتحقق لها نوع من الأمان القانوني. وهذا ما لا يمكن ضمانه للشركة بتطبيق القانون الإيراني بدون قيد أو شرط. ذلك القانون الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية تعديله. وانتهى المحكم إلى أن هذه الاعتبارات المشار إليها تتجه نحو استبعاد تفسير وتنفيذ العقد طبقا للقانون المدني الإيراني.

٢ - إن العقد يتضمن شرطا يسند مهمة الفصل في المنازعات المحتملة إلى محكم يتم تعيينه بواسطة رئيس المحكمة العليا في سويسرا أو الدنمارك أو السويد أو البرازيل حسب الأحوال<sup>(١)</sup>.

(١) وفقا لنص المادة (٤١) من العقد يقوم كل طرف بتعيين محكم، ويقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث يكون رئيسا لمحكمة التحكيم. فإذا لم يتوصل المحكمان إلى اتفاق حول شخص المحكم الثالث، يتم تعيينه بناء على طلب الطرف ذي الصلة بواسطة رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا (م ١١/١١). وإذا لم يتم أحد الطرفين بتعيين محكمه، كان للطرف الآخر الحق في التوجه إلى رئيس المحكمة الفيدرالية.

ونذهب المحكم إلى أنه إذا لم يكن هناك أى نتيجة إيجابية يمكن أن نستخلصها من شرط التحكيم، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، إلا أنه من الجائز أن نرى في هذا الشرط دلالة سلبية على رفض التطبيق المقصور للقانون الإيراني. فلو كان حقيقيا أن الأطراف قد قصدوا إخضاع العقد للقانون الإيراني، وأنهم لم يقصدوا بشرط التحكيم سوى مجرد استبعاد منازعاتهم المحتملة عن اختصاص القضاء الإيراني، لما فات على معررى العقد - والمفترض أنهم رجال قانون بارعون - أن ينزعوا، بموجب شرط سريع في العقد، كل مدى للإشارة التي يتضمنها شرط التحكيم<sup>(١)</sup>.

٢ - تنس الفقرة الأولى من المادة (٢٨) من العقد موضوع النزاع على أن «يتعهد الأطراف بتنفيذ نصوص هذا الاتفاق وفقا لمبادئ حسن النية والإرادة الحسنة، مراعين في آن واحد روح الاتفاق ونصومه». فقد ذهب المحكم إلى أن هذا الشرط يعبر عن إرادة الأطراف في استبعاد تطبيق أى قانون وطنى محدد، وتطبيق القواعد القانونية البنية على الممارسة المشتركة في الأمم المتحدة. وتعتبر هذه القواعد مصدرا للقانون بنص المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية وكذلك بالديد من قرارات القضاء الدولي التي أبرزتها وحددتها. إن تطبيق هذه القواعد يعد مبررا هنا لا سيما وأن العقد موضوع النزاع مبرم بين هيئة تابعة للدولة وشركة أجنبية، ويخضع في بعض جوانبه للقانون العام، ويتسم بطابع شبه دولي. ولهذا فإن هذا العقد يفلت من الخضوع لسيادة المشرعين ويختلف كلية عن العقد التجارى العادي. ولقد انتهى المحكم إلى أن المادة (١/٢٨) من العقد تعد قرينة على اتجاه إرادة الأطراف في استبعاد تطبيق القانون الإيراني. ومن باب أولى، أى قانون وطنى آخر، والخضوع فيما يتعلق بتفسير العقد

---

- بسويسرا لتعيين محكم وحيد (٢/٦١) وفي الحالة التي لا يتم فيها تعيين محكم وحيد أو المحكم الثالث وفقا للفقرة الأولى، فإن ذلك يتم بناء على طلب الطرف ذي الصلحة بواسطة رئيس المحكمة العليا في الدنمارك أو السويد أو البرازيل.  
Ibid., P. 277.  
راجع هنا النص في:

Ibid., P. 285.

(١) انظر:



للبادئ العامة للقانون المؤسة على الممارسة المشتركة في البلدان المتحضرة<sup>(١)</sup>.

٤ - لقد استند المحكم أيضا على نص المادة (٢/٢٧) من العقد موضوع النزاع والتي تنص على أن تعبير القوة القاهرة *La force majeure* يجب أن يكون محددا طبقا للبادئ العامة في القانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

٥ - كما استند المحكم على أن هناك عقودا أبرمتها الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك) مع الشركات الأجنبية مماثلة للعقد الذي أبرمته شركة سافير. وتضمنت شروطا تنص على تطبيق البادئ العامة للقانون. من ذلك العقد المبرم في عام ١٩٥٤ مع الكونسرتيوم الدولي للبترول، والعقد المبرم سنة ١٩٥٧ مع الشركة الإيطالية أجيب.

وقد أوضح المحكم أن بقبول الدولة الإيرانية لشل هذه الشروط التي تقضى بتطبيق البادئ العامة للقانون، تكون بذلك قد اعترفت بشرعية النشان المقرر بهذه الوسيلة للشركات الأجنبية ضد القرارات التي تصدر من جانب واحد، والتي تكون مفروضة لو تم تقرير تطبيق القانون الإيراني.

ثم أضاف المحكم «إذا كان من الثابت أن مثل هذا الشرط لم يظهر في العقد الذي أبرمته الشركة الإيرانية نيوك مع شركة بان أمريكيان عام ١٩٥٨، والعقد موضوع النزاع والبرم مع الشركة الدولية سافير، بيد أن السمات الأساسية المميزة لكل هذه العقود تعد واحدة، فهذه العقود جميعها لها نفس الموضوع ونفس الطابع وهو ما يظهر بوضوح من خلال تماثل عدد من الشروط التي تتضمنها، وخصوصا تلك التي تتعلق بتنفيذها وتسوية المنازعات المحتملة بطريق التحكيم. ثم أردف المحكم مقررًا أنه وفقا لمبدأ حسن النية، فإن الشركة الإيرانية نيوك لا يمكنها الادعاء بأن عدم وجود

Ibid, PP. 285 - 286.

(١) انظر:

Ibid, P. 286.

(٢) انظر:

نص صريح يحدد القانون واجب التطبيق يجب أن يفسر على أنه استبعاد لمبدأ مستقر في العقود السابقة التي لها نفس الموضوع، وذلك لأن مقتضيات الضمان المقرر لصالح الشركة الأجنبية تتطلب، وفقا لحسن النية والمنطق، الأخذ بنفس الحل الذي سبق ولأن وافقت عليه الشركة الوطنية الإيرانية في العقود التي أبرمتها مع الشركات الأكثر قوة. فلو أن الشركة الوطنية الإيرانية كانت ترغب - في العقد الحالي موضوع النزاع - في استبعاد هذا المبدأ المعترف به في عقودها السابقة، وترفض أن تقدم لشركة سافير الضمان الذي سبق وأن سلمت بمشروعيته، لمبر محرري العقد عن هذه الإرادة بموجب شرط صريح فيه<sup>(١)</sup>.

وبالاستناد إلى ما تقدم، انتهى المحكم إلى أن استبعاد تطبيق القانون الإيراني مستمد من نية الأطراف أنفسهم، كما أنهم أغفلوا النص على اختيار نظام قانوني وضحى آخر، ولقد كان هذا الإغفال من جانبهم مقصودا. إن كل الاشارات تدل على أن نية الأطراف قد اتجهت نحو اخضاع تفسير وتنفيذ هذا العقد للمبادئ العامة للقانون التي أشار إليها نص المادة (٢٧) من العقد، وهو النص الوحيد الذي تضمن إشارة صريحة إلى القانون واجب التطبيق<sup>(٢)</sup>.

وقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

أ - إن القول بأن الطبيعة الخاصة للعقد موضوع النزاع - على النحو السابق بيانه - تقتضي أن يتم تفسير وتنفيذ العقد بعيدا عن القانون الإيراني قول لا يمكن التسليم به ويبدو لنا غير منطقي. فإمام أن المحكم قد شدد على الطابع العام للعقد وقد أكد عليه من خلال ضرورة التصديق عليه من قبل السلطات الإيرانية. فكان من المنطقي أن يترتب على هذا النظر أن يقضى المحكم، من باب أولى، بتطبيق القانون الإيراني بدلا من

ibid, PP. 286 - 287.

(١) انظر:

ibid, P. 287.

(٢) راجع:

استبداده. فالقول بأن المقد يتصل في بعض جوانبه بالقانون العام إن لم يكن يشكل قرينة قاطنة على تطبيق قانون الدولة الإيرانية. فهو على الأقل لا يستبعد تطبيق هذا القانون في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على المقد.

ب - إن القول بأن شرط التحكيم يعد قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد قانون الدولة المتعاقدة قول متنازع فيه ومحل خلاف في الفقه. فلقد اختلف الفقهاء في الإجابة على التنازل البوجه من قبل الأستاذ Van Heck المقرر العام لمجمع القانون الدولي في دورته التي انعقدت في أوسلو Oslo عام ١٩٧٧ بشأن تحديد النظام القانوني واجب التطبيق على العقود البرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية. ولقد كان السؤال مصاغاً على النحو التالي: ما هو أثر شرط التحكيم فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على المقد؟ وهل يمكن القول بأن وجود شرط التحكيم في المقد يعد قرينة على تطبيق قانون آخر غير القانون الداخلي للدولة المتعاقدة؟

فقد ذهب البعض<sup>(١)</sup> إلى عدم وجود أي تأثير لشرط التحكيم فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على المقد. كما أنهم يرفضون أن يروا في شرط التحكيم قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة. في حين ذهب البعض الآخر<sup>(٢)</sup> إلى أن شرط التحكيم يعد عنصراً حاسماً فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على المقد، ويرون في هذا الشرط قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد

---

(١) راجع رلي كل من: Mann, Feliciano, Doehring في:

A.I.D.I., 1977, Vol 57, Tome I, P. 216, PP. 221 - 222, P. 229 et 261; El-Koshari (A.S.), Le régime juridique ... Op. Cit., PP. 308 - 309.

(٢) راجع رلي كل من: Seidl - Hohenveltern Monaco, P. Lalive في: A.I.D.I., 1977, Vol 57, Tome I, P. 226, P. 231, P. 233.

تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة. وقد اتخذ رأى ثالث<sup>(١)</sup> موقفا وسطا مقررًا أنه من التزيد أن نعزوا إلى شرط التحكيم النتيجة التي مفادها استبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة. ومع ذلك يمكن اعتبار هذا الشرط قرينة على اتجاه نية الأطراف نحو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة شريطة أن توجد قرائن أخرى تعزز ذلك. ونحن من جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول من أن شرط التحكيم لا يشكل أية دلالة على أن نية الأطراف قد اتجهت نحو استبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة. ولعل اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الممنعة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والبرمة في واشنطن سنة ١٩٦٥ تقدم لنا الدليل الكافي في هذا الخصوص. فهذه الاتفاقية لم تجعل من شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبى والذي يقضى باختصاص المركز الذى أنشأته لفض المنازعات الناشئة عن هذا العقد دليلا على اتجاه نية أطراف العقد نحو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. بل على العكس تماما، لقد نصت المادة (١٢) من هذه الاتفاقية على أنه فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق، فإن على المحكم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، بما فى ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وكذلك مبادئ القانون الدولى المتصلة بالنزاع.

ج - إن القول بأن الإشارة فى العقد إلى مبدأ حسن النية والإرادة الحسنة فى ظل عدم وجود أية اشارة إلى تطبيق قانون وطنى معين تعبر عن إرادة الأطراف فى استبعاد تطبيق تشريع وطنى معين، والخضوع فيما يتعلق بتفسير العقد وتنفيذه إلى المبادئ العامة للقانون قول متنازع فيه من ناحيتين: فمن ناحية إن مجرد الاشارة إلى مبدأ حسن النية لا يمكن اعتباره بمثابة اختيار ضمنى للقانون واجب التطبيق. ففى حالة عدم وجود نص صريح يقضى بتطبيق القانون الدولى أو المبادئ العامة للقانون، فمن غير

(١) راجع رأى الأستاذ باتينول: Ibid, P. 213. وفى نفس الاتجاه الأستاذ المغرر Van Keck. انظر: Ibid, P. 202.

الممكن مطلقاً أن نستخلص من مجرد الإشارة في العقد إلى مبدأ حسن النية رفض تطبيق القانون الداخلي للدولة الطرف في العقد. إن مجرد الإشارة إلى مبدأ حسن النية في عقد مبرم بين دولة ومستثمر أجنبي ليس له مدلول آخر سوى التذكير ببساطة بتنصته كل التشريعات الحديثة ويأخذ به القضاء الوطني<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن القول بأن العقد موضوع النزاع لم يشر إلى أي قانون وطني قول يجافي الحقيقة، فلقد كانت المادة (٢٨) من هذا العقد تنص صراحة على أن «أية إجراءات تشريعية عامة أو خاصة أو أية إجراءات إدارية أو أية إجراءات أخرى أيا كانت طبيعتها سواء أكانت صادرة عن الحكومة أو أية سلطة حكومية في إيران (مركزية أو محلية) أو صادرة عن الشركة الوطنية الإيرانية نيوك، لا يمكنها فسخ العقد أو المساس به أو تعديل نصوصه أو تحول أو تعوق تنفيذه. إن أي إلغاء للعقد أو تعديله أو إصلاحه لا يمكن أن يتم إلا برضاء كل من الطرفين». كذلك فإن نص المادة (١٥) من هذا العقد كانت تنص على أن «لا تطبق نصوص قانون البترول الإيراني الصادر سنة ١٩٥٧ على هذا الاتفاق، وكذلك كل القوانين واللوائح التي لا تتفق كلياً أو جزئياً مع نصوص هذا الاتفاق». إن هذه الشروط وإن كانت لا تعني خضوع العقد على نحو كامل وشامل للقانون الإيراني، حيث أن التعديلات التشريعية التي تحدث في المستقبل في

(١) انظر،

DELAUME (G.R.), Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, R.B.D.I., 1968, P. 347.

ونظر أيضاً: BERLIN (D.), Op. Cit., P. 232. حيث قال:

«Comment tirer de la référence aux règles de la bonne foi, la volonté des parties de soumettre leur accord au droit international, Sans se voir accusé de vouloir faire dire aux termes ce qu'ils ne veulent pas dire».

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 72 et SS.

ولينا:

هذا القانون لا يمكنها المس بحقوق الأطراف المتعاقدة. بيد أنها لا تعنى أيضا الرقعة الكلية لتطبيق القانون الإيراني، حيث أن هذا القانون يستمر في التطبيق في الحدود التي يكون فيها متفقا مع نصوص العقد. ففي الحقيقة إن الأمر يتعلق بشرطين: شرط من شروط الاندماج Clause incorporation التي تؤدي إلى اندماج نصوص القانون الإيراني في العقد بالحالة التي كانت عليها وقت إبرامه، مصحوبا بشرط من شروط الثبات Stabilisation التي مفادها تجسيد أحكام القانون الإيراني على الحالة التي كانت عليها عند إبرام العقد<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك يمكن القول بأن الأطراف لم يلتزموا الصمت، بل على العكس لقد بينوا وبوضوح كبير إلى أي مدى وبأي طابع يمكن أن ينطبق القانون الإيراني على العقد<sup>(٢)</sup>.

ولا يقلل من قيمة هذه النتيجة مطلقا أن يتضمن العقد شرطا يقضى بتحديد القوة القاهرة وفقا لمبادئ القانون الدولي (م ١/٢٧). فهذا الشرط لا يمكن تفسيره على أنه بمثابة اختيار ضمنى للقانون واجب التطبيق، بل إن الأمر يتعلق بشرط من شروط الاندماج L'incorporation مفاده إدماج أحد المبادئ العامة في العقد. كما أن هذا المبدأ معترف به وبعبارة متماثلة في الهامش الملحق بالمادة ١٢ من قانون البترول الإيراني الصادر في ٢١ يولييه لسنة ١٩٥٧.

وعلى ذلك من الصعوبة بمكان قبول وجهة النظر التي مفادها أن إدراج هذا الشرط المذكور في العقد يعد دليلا على تدويل العقد في

(١) راجع:

DELAUME (E.R.), Des stipulations ... Op. Cit., PP. 348 - 349; BERLIN (D.), Op. Cit., PP. 233 - 234.

(٢) راجع: LOGIE (J.), Op. Cit., P. 401.

«Les parties n'ont nullement gardé le silence, mais, bien au contraire, ont défini avec une grande précision dans quelle mesure et avec quel caractère le loi iranienne s'appliquerait au contrat».

مجموعه. والقول بغير ذلك سوف يؤدي بالضرورة إلى القول بأن الشرط الوارد في المادة ٢٧ فقرة ب (والمائل للشرط الوارد في المادة ٢/٢٧ من عقد سافير موضوع النزاع) من العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الإيطالية أجيبي في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٥٧. وشرط اختيار القانون واجب التطبيق الوارد في المادة (٤٠) من نفس العقد (١). يشكلان إسهاباً أو تزييلاً une redondance لا طائل منه. إذ أنهما يعبران عن نفس المعنى (٢).

د - وفيما يتعلق باستناد المحكم على المقدين اللذين أبرمتهما إيران مع الكونسرتيوم الولي عام ١٩٥٤ والشركة الوطنية الإيرانية مع الشركة الإيطالية أجيبي عام ١٩٥٧. وكونهما قد تضمنتا النص على تطبيق المبادئ العامة للقانون، فإن مثل هذا الاستدلال ينطوي على قدر كبير من المغالطة ويعد اتباعاً لأسلوب المنطق المعكوس. لأن المحكم بدلاً من أن يستخلص من سلوك الأطراف المتحل في عدم إشارتهم في العقد موضوع النزاع للمبادئ العامة للقانون قرينة على أنهم قد رغبوا في اتباع مصلك آخر غير ذلك المتبع في المقدين السابقين. نجد أنه يخلص إلى عكس ذلك. ويرى في عدم إشارة الأطراف إلى المبادئ العامة للقانون دليلاً على اتجاه إرادتهم نحو تطبيقها.

إن المقدين المذكورين كانا قد أبرما قبل صدور قانون البترول الإيراني في ٢١ يوليو سنة ١٩٥٧. والذي نص في المادة الثانية منه على أن تتولى الشركة الوطنية للبترول (نيوك) إبرام عقود البترول مع الأطراف الأخرى وفقاً لأحكام هذا القانون. وبشرط ألا تتعارض نصوص هذه العقود مع القوانين الإيرانية الأخرى.

(١) إذ تضمن هذه المادة بتطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتحدة وذلك في حالة غياب المبادئ القانونية المشتركة في كل من القانون الإيراني والقانون الإيطالي.

(٢) راجع في ذلك:

ومنذ صدور هذا القانون، أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية العديد من عقود البترول<sup>(١)</sup>، من بينها العقد المبرم مع شركة سافير، ولم يتضمن أي من هذه العقود نصاً سريحا يتعلق بالقانون واجب التطبيق على غرار ذلك النص الذي ورد في العقود السابق الإشارة إليهما. وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على السياسة الجديدة التي تنتهجها شركة البترول الإيرانية والتي تستند إلى نصوص قانون البترول الصادر عام ١٩٥٧، والتي تقضي بعدم إخضاع العقود التي تبرم في وقت لاحق على صدور هذا القانون للمبادئ القانونية المشار إليها في العقود السابقين<sup>(٢)</sup>.

وأخيراً فإنه ما يدعو للفتابة أن يستند المحكم في إعماله للمبادئ العامة للقانون على شرط يتعلق باختيار القانون واجب التطبيق قد ورد في عقد آخر. إن شرط اختيار القانون واجب التطبيق الذي يرد في عقد معين لا يجب أن يكون له أي أثر خارج إطار العقد الذي ورد فيه<sup>(٣)</sup>.

ز - ومن أهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا الحكم من نقد أن المحكم لم يحدد بأي صفة لجأ إلى إعمال المبادئ العامة للقانون، هل بوصفها مصدراً احتياطياً من مصادر القانون الدولي وفقاً للمادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية، أم بوصفها مصدراً احتياطياً لنظام قانوني آخر. يبدو أن المحكم نفسه كان مضطرباً في هذا الخصوص، حيث نجد أنه، في سبيل تبريره لأعمال المبادئ العامة للقانون، قد أشار تارة إلى أن القاضى الذي يفصل في نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ عقد ما يلجأ طبيعياً إلى التواعد المكملة في النظام القانوني الوضعي واجب التطبيق على العقد<sup>(٤)</sup>، وتارة

---

(١) من ذلك على سبيل المثال: العقد الذي أبرمته الشركة الوطنية الإيرانية مع شركة بان لريكان سنة ١٩٥٨، وكذلك أيضا العقود التي أبرمتها نفس الشركة مع الشركات الأجنبية في يناير سنة ١٩٦٥، انظر:

DELAUME (G.R.), Des stipulations ... Op. Cit., P. 350, note 38.

(٢) راجع: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧١٤ - ٧١٥.

(٣) انظر: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧١٩.

(٤) راجع:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P.285.



أخرى يشير إلى أن هذه القواعد تعد مصدرا للقانون بنص المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية<sup>(١)</sup>.

ويبدو على الأرجح أن المحكم قد لجأ إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون لذاتها دون أن يحدد مصادرها بالقانون الدولي أو القوانين الداخلية<sup>(٢)</sup>. ويمكن أن نستند في ذلك على إحدى الفقرات التي وردت في هذا الحكم والتي أوضح فيها المحكم أنه «لا ينوى الفصل في النزاع وفقا للمادة، أي كمحكم مفوض بالصلح، بل سوف يطبق قواعد القانون الوضعي المشتركة في الأمم المتعددة، كما هي مصاغة في القوانين ومعترف بها عموما في الواقع العملي. وبصدد كل قاعدة قانونية متمسك بها، سوف يبرهن من ناحية على طبيعتها كقاعدة قانونية وضعية ومن ناحية أخرى على طبيعتها العامة»<sup>(٣)</sup>.

ولما كان المحكم قد طبق المبادئ العامة للقانون لذاتها، أي دون أن تكون متصلة بالقانون الدولي أو بأي من الأنظمة القانونية الوطنية، فإن هذه المبادئ ظلت على هذا النحو - على حد التعبير البصري<sup>(٤)</sup> - ملقاة في الهواء. وقد اختلف الفقهاء في رؤيتهم لهذا الحكم. ففي حين يرى أنصار

---

Ibid, P. 286.

(١) راجع:

(٢) في نفس الاتجاه:

BETTEMS (D.): Op. Cit., P. 96; WEIL (P.), Principes généraux du droit et contrats d'État, études offertes à B. Goldman, 1982, P. 396.

(٣) انظر:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P.287.  
«Il n'entend en rien statuer en équité, comme un amiable compositeur, il s'appliquera au contraire à dégager les règles de droit positif, communes aux Nations civilisées, telle quelles sont formulées dans les lois et généralement reconnues par la pratique. A propos de chaque règle de droit invoque, il démontrera d'une part son caractère de règle de droit positif, d'autre part sa généralité».

WEIL (P.), Principes - Op. Cit., P. 396.

(٤) انظر:

نظرية القانون الذاتي للمقد أن هذا الحكم يعد تدعيما لنظريتهم<sup>(١)</sup>. يرى الأستاذ Lalive في هذا الحكم سندا قويا لنظرية قانون عبر الدول باعتباره نظاما قانونيا ثالثا<sup>(٢)</sup>.

و - وأخيرا: يمكن القول بأن المحكم في هذه القضية لم تكن لديه نية البحث عن القانون واجب التطبيق على المقد موضوع النزاع باعتباره القانون المناسب لحكم هذا المقد، بقدر ما كان يبحث عن إيجاد حل مناسب يحقق مصالح الشركة الأجنبية الطرف في المقد. وقد أوضح المحكم عن غرضه الحقيقي هنا في بداية تناوله لمسألة القانون واجب التطبيق وذلك عندما قرر أن الشركة الأجنبية تحمل بموجب هذا المقد، إلى الدولة الإيرانية مساعدة فنية ومالية تتضمن بالنسبة لها استشارات ومسؤوليات ومخاطر جسيمة. ومن الطبيعي إذن أن تكون هذه الشركة محمية ضد التعديلات التشريعية التي يكون من شأنها تعديل اقتصاد المقد وأن يتحقق لها الأمان القانوني، وهو ما لا يمكن توفيره بتطبيق القانون الإيراني. ذلك القانون الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية تعديله<sup>(٣)</sup>. كما أعرب المحكم عن هذا الغرض في نهاية تناوله لهذه المسألة عندما قرر قائلا «إن هذا الحل يبدو قادرا على توفير ضمانات الأمان اللازمة للشركات الأجنبية. تلك الشركات التي تحمل إلى الدول النامية مساعداتها المالية والفنية وتحمل مخاطر جسيمة. إن من مصلحة الطرفين في هذه العقود أن تحسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم وفقا للبادئ العامة للقانون المعترف بها عالميا، بعيدا عن خصوصيات القوانين الوطنية التي غالبا ما تكون غير قادرة على تقديم الحل وخاصة قانون الدولة التي ينفذ فيها المقد، حيث تخضع دائما

Ibid.

(١) راجع:

(٢) نظري:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse - Op. Cit., P. 296 et SS. Spéc. P. 301.

Ibid, PP. 284 - 285.

(٣) راجع:

للتعديلات من قبل هذه الدولة، كما أنها غالباً ما تكون مجبولة أو غير معروفة لأحد المتعاقدين»<sup>(١)</sup>.

رابعاً: حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد المملكة العربية السعودية عام ١٩٥٨<sup>(٢)</sup>:

بدأت محكمة التحكيم - لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع - بالبحث في اتفاق التحكيم والذي نص في المادة الرابعة منه على أن «تفصل المحكمة في النزاع:

أ - طبقاً للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية.

ب - و طبقاً للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق، بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في اختصاص السعودية...»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: Ibid, PP. 287 - 288: حيث يذكر الحكم:

«Une telle solution paraît particulièrement apte à donner les garanties de sécurité indispensables aux sociétés étrangères, qui, apportent à des pays en voie de développement leur concours financier et technique assument des risques importants. il est de l'intérêt des deux parties à de tels accords que les litiges pouvant les diviser soient tranchés selon des principes généraux universellement reconnus et soient soustraits aux particularités des droit Nationaux, le plus souvent inaptes à donner une solution s'agissant du droit de l'État ou le contrat s'exécute, toujours sujets à des modifications de la part de cet État et souvent ignorés ou mal connus de l'un des contractants.»

(٢) نطش الحكم في:

Rev. Crit., 1963, P. 277, Spéc, P. 304 etSS.

وانظر ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ٣٥٥ ولميمعاً.

(٣) إن استعمال اصطلاح «اختصاص» يدل في هذا الصدد غلضاً، حيث لم يبين اتفاق التحكيم ما إذا كان المقصود بذلك الاختصاص التشريعي أم القضائي. ولقد اختلفت محكمة التحكيم أن القانون السعودي يطبق على المسائل المتعلقة بالقانون العام. وأن القانون الذي تبينه المحكمة يطبق على المسائل المتعلقة بالقانون الخاص. انظر: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٩٠. وأيضاً: -

وقد أكدت المحكمة على أن اتفاق الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق بعد مطابقا لتواعد القانون الدولي الخاص في غالبية دول العالم المتحضر. وبالتالي يجب أن يأخذ في الحسبان من قبل محكمة التحكيم. بيد أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق قانون واحد. بل اتفقوا كذلك على تطبيق القانون المعين بواسطة المحكمة بالنسبة للمائل غير الداخلة في اختصاص السعودية.

وفي معرض بحثها عن القانون واجب التطبيق، استبعدت المحكمة نظرية القانون الذاتي للمقد. وذلك بقولها «من المؤكد أن المقد أيا كان لا يمكنه أن ينشأ في فراغ. ولكن يجب أن يستند إلى قانون معين...»<sup>(١)</sup>. كما استبعدت إخضاع المقد للقانون الدولي العام وذلك بقولها «إن عقد امتياز عام ١٩٢٢ لم يكن مبرما بين دولتين ذاتي سيادة. بل بين دولة وشركة خاصة أمريكية. وبالتالي لا يخضع للقانون الدولي العام»<sup>(٢)</sup>.

وقد استعرضت المحكمة الحلول التنوع المعول بها في إطار القانون الدولي الخاص. مبينة أنه وفقا للبادئ العامة في القانون الدولي الخاص. فإن المقد ذا الطابع الدولي يجب أن يخضع في المقام الأول للقانون المختار صراحة بواسطة الأطراف إعمالا لبدا سلطان الإرادة. وأنه في حالة غياب قانون الإرادة الصريحة. يتعين تطبيق قانون الإرادة المفترضة. كما بينت أيضا أن القانون الاحتياطي يمكن أن يكون

---

= BATIFFOL (H.), La sentence Aramco ..., Op. Cit.,  
PP. 649 - 650.

(١) نظر الحكم في: Rev. Crit., 1963, P. 312.

(٢) نظر: Ibid., P. 313. حيث يذكر الحكم:

«La convention de 1933 n'ayant pas été conclue entre deux États, mais entre un État et une compagnie privée américaine, elle ne relève pas du droit international public».

قانون الجنسية المشتركة أو قانون محل الإبرام أو قانون موطن المدين Lex domicilii debitoris أو قانون محل التنفيذ Lex executionis أو قانون البلد الذي يوجد بينه وبين المد المد الأكثر وثاقة. كما بينت أيضا أن هناك بعض الاتجاهات التي تأخذ بفكرة تجزئة المد بمعنى إخضاعه لأكثر من قانون، في حين أن البعض الآخر يرفض الأخذ بهذه الفكرة ويقرر إخضاع المد في مجمله لقانون واحد. كما أن البعض يشترط وجود صلة مناسبة بين القانون المختار بواسطة الأطراف وموضوع النزاع، في حين أن البعض الآخر يترك للأطراف الحرية الكاملة في الاختيار.

بعد ذلك أكدت المحكمة أنه بموجب الحرية الممنوحة لها من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم، فإن لها القدرة على الاختيار من بين هذه المفاهيم المتعددة شريطة أن يكون اختيارها موضوعيا وإن تبرره خصوصيات النزاع المطروح أمامها<sup>(١)</sup>.

كما أكدت أن عقد الامتياز محل النزاع يعد عقدا ذا طابع دولي، ومن ثم يتعين الأخذ بالقانون المختار بواسطة الأطراف شريطة أن يكون لهذا القانون صلات مناسبة مع النزاع. ثم بينت أن اختيار الأطراف للقانون العمودي يعتبر اختيارا مناسباً، حيث أن هذا القانون هو قانون الدولة محل الإبرام، كما أنه قانون الدولة محل التنفيذ. هذا بالإضافة إلى كونه قانون الدولة المتعاقدة، ومن المعترف به في القانون الدولي الخاص أن العقود التي تبرمها الدولة يفترض أنها تخضع لقانون هذه الدولة. ما لم يثبت عكس ذلك. وقد أشارت المحكمة في ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر في قضية القروض المصرية والبرازيلية عام ١٩٢٩<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التي لا تدخل في اختصاص القانون العمودي، قررت المحكمة تبني

Ibid, P. 313.

(١) انظر:

Ibid, PP. 313 - 314.

(٢) انظر:

الحلول السائدة. في القضاء الانجليزي والويسري والتي تملأ  
الاختصاص لقانون البلد الذي يوجد بينه وبين المقد الصلات النفطية  
والطبيعية الأكثر وثاقه<sup>(١)</sup>.

ثم أوضحت أن القانون النافذ في المملكة العربية السعودية لا يتضمن  
أية قاعدة محددة بشأن استغلال حقول البترول لأن هذا الأمر لم يكن  
معروفا في هذه الدولة قبل إبرام عقد الامتياز محل النزاع عام ١٩٣٣. وإن  
هذا النص في القانون السعودي كان مكافئاً بعقد الامتياز محل النزاع. ومن  
ثم فإن عقد الامتياز محل النزاع يعد القانون الأساسي للأطراف ويتمين على  
المحكمة أن تعترف له بأهمية خاصة في أنه يكمل النص في القانون  
السعودي في مسائل صناعة البترول. وفي الحالة التي يوجد فيها أية شكوك  
سواء حول مضمون الاتفاقات المبرمة بين الأطراف أو معناها، يتم اللجوء  
إلى المبادئ العامة للقانون من أجل تطبيق وتفسير هذه الاتفاقات أو تكملة  
الحقوق والالتزامات المتبادلة للأطراف<sup>(٢)</sup>.

وبناء عليه، انتهت المحكمة إلى أن المسائل المتصلة بالقانون الخاص  
تخضع من حيث المبدأ للقانون السعودي، ولكن مع مراعاة أن هذا القانون  
يتم تفسيره وتكملة - عند الضرورة، بالمبادئ العامة للقانون، والعادات  
المتبعة في صناعة البترول ومطليات العلم القانوني الخاص<sup>(٣)</sup>.

Ibid, P. 314.

(١) انظر:

(٢) انظر: Ibid PP. 314 - 315. حيث يذكر الحكم أن:

«Le droit en vigueur dans l'Arabie saoudite ne contenant aucune règle précise sur l'exploitation des gisements pétroliers, car il n'y en avait pas dans cet État avant 1933, cette lacune a été comblée par le contrat de concession de 1933... Le contrat de concession est donc la loi fondamentale des parties et le tribunal de céans doit lui reconnaître une importance particulière en ce qu'il comble une lacune du droit de l'Arabie saoudite en matière d'industrie pétrolière».

Ibid, P. 316.

(٣) انظر:

وإذا كان لنا أن نعلق على هذا الحكم، فإنه يمكن إبداء الملحوظتين  
التاليتين:

١ - إن هذا الحكم قد اشتمل على تناقضين رئيسيين: فمن ناحية،  
بعد أن أكد على أن أى عقد لا يمكن أن ينشأ فى فراغ، بل يتعين أن يستند  
إلى نظام قانونى معين، بيد أنه قد نقض هذا التأكيد عندما قرر أن عقد  
الامتياز محل النزاع يعد بمثابة القانون الأساسى للأطراف. ومن ناحية  
أخرى، بعد أن أكدت المحكمة على وجوب التفرقة بين القانون الذى يحكم  
إجراءات التحكيم وذلك الذى يحكم موضوع النزاع، وأنها إذا كانت قد  
أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولى، فإنها لا تنوى إخضاع النزاع لهذا  
القانون، وبعد أن استبعدت تطبيق القانون الدولى العام على أساس أن عقد  
الامتياز محل النزاع لم يكن مبرما بين دولتين ذاتى سيادة، بل بين دولة  
وشركة خاصة أمريكية، إلا أنها قد نقضت ذلك كله عندما قررت تطبيق  
أحكام القانون الدولى على بعض آثار الامتياز خصوصا المسائل التى قدرت  
أنها تمد لأسباب موضوعية غير خاضعة لقانون وطنى معين، كما هو الشأن  
بالنسبة للمسائل المتعلقة بمعاملات النقل فى أعالي البحار، وبسيادة الدولة على  
مياهها الإقليمية، وبمسئولية الدول لمخالفاتها لالتزاماتها الدولية<sup>(١)</sup>.

٢ - إن المحكمة قد انتهت إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون  
وأحكام القانون الدولى إلى جانب القانون السعودى. بيد أنها لم تحدد ما إذا  
كانت قد طبقت المبادئ العامة للقانون بوسئها أحد مصادر القانون الدولى  
أم القانون الداخلى، ودون أن تقدم تبريرا قانونيا لتطبيقها لهذه المبادئ،  
ولأحكام القانون الدولى. وفى هذا الصدد، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن  
محكمة التحكيم قد لجأت إلى نظام قانونى مركب غير معروف لئلاها<sup>(٢)</sup>.

Ibid, P. 318.

(١) انظر الحكم:

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 98. حيث يذكر أن:

«Le tribunal semble avoir eu recours à un système de  
droit complex connu de lui seule».

خامساً: حكم التحكيم الصادر في قضية B.P. ضد الحكومة الليبية  
عام ١٩٧٣<sup>(١)</sup>:

في هذا الحكم، بدأ المحكم الوحيد «Lagergren» بالتأكيد على أن  
محكمة التحكيم ليس لها قانون اختصاص Lex Fori يزودها بالنظام القانوني  
الذي يمكنها اللجوء إليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع  
النزاع. ومن ثم قرر المحكم أنه مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن  
لمحكمة التحكيم الحرية في اختيار قاعدة تنازع القوانين التي تبدو لها  
واجبة التطبيق، أخذاً في الاعتبار الظروف المحيطة بالنزاع، واستند في  
ذلك إلى الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي.

ونظراً لحرية محكمة التحكيم في اختيار قاعدة التنازع التي تراها  
واجبة التطبيق، قرر المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين في دولة الدنمارك  
باعتبارها الدولة مقر التحكيم، والتي تعترف ببدأ استقلال الإرادة في  
تعيين القانون واجب التطبيق في المسائل التعاقدية وبناء عليه، تبني المحكم  
القانون الذي اتفق عليه الأطراف في المادة (٧/٢٨) من عقد الامتياز محل  
النزاع.

وقد قرر المحكم أن شرط القانون واجب التطبيق الوارد في المادة  
(٧/٢٨) المذكورة يستبعد تطبيق القانون الداخلي وحده أو القانون الدولي  
وحده، حيث أن نص المادة (٧/٢٨) يشير إلى تطبيق مبادئ القانون  
الليبي المشتركة مع مبادئ القانون الدولي، كما أنه يشير إلى تطبيق  
المبادئ العامة للقانون بما في ذلك المبادئ التي ملبقتها المحاكم الدولية،  
في حالة غياب المبادئ المشتركة في القانون الليبي والقانون الدولي.

وبعد أن لاحظ المحكم عدم وجود مبادئ مشتركة بين القانون  
الليبي والقانون الدولي، قرر المحكم تطبيق المبادئ العامة للقانون<sup>(٢)</sup>.

(١) فطر لجزءه من هذا الحكم منشورة في: Rev. Arb., 1980, P. 117 etSS.

Rev. Arb., 1980, P. 121 etSS.

(٢) فطر:



سادسا: الحكم الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية عام ١٩٧٧ (١):

تعرض المحكم «ديوى» لبحث مسألة القانون وإلزام التطبيق على عقود الامتياز محل النزاع، وبين أن هذا القانون هو ذلك الذي اتفق عليه الأطراف في المادة (٢٨) التي نصت على أنه «يكون هذا العقد محكوما ومفسرا وفقا لمبادئ القانون الليبي التي تكون متفقة مع مبادئ القانون الدولي. وفي حالة غياب المبادئ المشتركة في القانون الليبي والقانون الدولي، يكون العقد محكوما ومفسرا وفقا للمبادئ العامة للقانون، بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية» (١).

ثم طرح المحكم السؤال التالي: هل للأطراف الحق في اختيار القانون أو النظام القانوني الذي يحكم عقدهم؟ و. رد المحكم على هذا السؤال بالإيجاب موضحا أن كل الأنظمة القانونية، أيا كانت تطبق مبدأ استقلال الإرادة على العقود الدولية. حيث إن هذا المبدأ يعد مبدأ عالمي التطبيق، حتى وإن لم يكن له نفس المعنى أو نفس المضمون في كل الأنظمة القانونية.

وقد ذهب المحكم إلى ضرورة تحديد السند القانوني لتطبيق مبدأ استقلال الإرادة في القضية الحالية. وهنا لجأ المحكم إلى التفرقة بين القانون الذي يحكم العقد والنظام القانوني الأساسي الذي يستمد منه العقد القوة الملزمة مؤكدا على أن النظام القانوني الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة هو القانون الدولي ذاته. بينما القانون الذي يحكم العقد هو النظام القانوني الذي نص عليه الأطراف في المادة (٢٨) (٢).

وقدر المحكم أن عقود الامتياز محل النزاع تقع في إطار القانون

---

(١) انظر الحكم في: Clunet, 1977, P. 350. وانظر ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ١٦٦ ومابعد، ص ١٦٢ ومابعد.

(٢) انظر الحكم: Clunet 1977, P. 353, N° 23

(٣) انظر الحكم: Clunet 1977, P. 353, N° 25 - 26.

الدولى. وأن هذا الأخير يمتلى لأطرافها الحق فى اختيار القانون الذى يحكم علاقاتهم التعاقدية<sup>(١)</sup>. وقد استند المحكم فى تدويله لهذه العقود إلى ما يلى:

١ - من المسلم به أن الإشارة التى تضمنها العقد. فى الشرط المتعلق بالقانون واجب التطبيق. إلى المبادئ العامة للقانون تؤدى إلى هذه النتيجة. فهذه المبادئ تعتبر أحد مصادر القانون الدولى. وقد يتفق الأطراف على تطبيقها وحدها أو بالاشتراك مع قانون وطنى وخصوصا قانون الدولة المتعاقدة. وفى النزاع الحالى. فإن المبادئ العامة للقانون يتم اللجوء إليها - بمقتضى شرط القانون واجب التطبيق - فى حالة غياب المبادئ المشتركة فى القانون الليبي والقانون الدولى. ولكن يجب أن نلاحظ أن اصطلاح «مبادئ القانون الدولى» لها مضمون أوسع من اصطلاح «المبادئ العامة للقانون». فهذه الأخيرة تساهم مع عناصر أخرى (العرف الدولى والممارسة العملية كما هى مستقرة فى قانون الشعوب) فى تشكيل ما يسمى «بمبادئ القانون الدولى». ولما كانت مبادئ القانون الدولى هى أساس تطبيق القانون الليبي ما دام أن هذا الأخير يكون واجب التطبيق فقط عندما يكون متطابقا معها. فإن الإشارة الواردة فى شرط القانون واجب التطبيق إلى مبادئ القانون الدولى بصفة رئيسية والمبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية يجب أن يكون من شأنها تطبيق القانون الدولى على العلاقات القانونية المبرمة بين الأطراف<sup>(٢)</sup>.

وفى سبيل تدعيم رأيه هذا. أشار المحكم إلى أن هناك العديد من

---

(١) انظر الحكم: Clunet 1977, P. 357, N° 35. إذ يذكر المحكم أن:

«Les contrats de concession se situent dans le domaine du droit international et que celui-ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles».

Clunet 1977, P. 358, N° 40 - 41.

(٢) انظر:

المعقد الماثلة قد تضمنت النص على المبادئ العامة للقانون<sup>(١)</sup>، وأن قضاء التحكيم الدولي قد أكد على أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعد دافعا مميّزا كافيا لتسويل المقد<sup>(٢)</sup>، وأن اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون لا يتم فقط عندما يكون القانون الداخلي للدولة المتعاقدة غير ملائم في مجال البترول، فالقانون الإيراني، على سبيل المثال، يعد ملائما لامتيازات البترول ومع ذلك فإن المعقد المبرمة بواسطة إيران تشير غالبا إلى المبادئ العامة. ومن ثم فإن اللجوء إلى المبادئ العامة لا يفسر فقط بعدم وجود تشريع مناسب *adequate* في الدول المعنية. وإنما يفسر بضرورة حماية المتعاقدين الخاص الأجانب ضد التعديلات التي تدخلها الدولة المتعاقدة على تشريعاتها بإرادتها المنفردة. وبالتالي فإن اللجوء إلى المبادئ العامة يلعب دورا هاما في تحقيق التوازن التعاقدى بين الأطراف<sup>(٣)</sup>.

وقد ذهب المحكم إلى أن التطور الذي حدث بالاتجاه نحو تسويل هذه المعقد كان أمرا متوقعا. فالمحكمة الدائمة للمل الدولية قد ذهبت في قضائها في قضية القروض السرية والبرازيلية، وهي بصدد البحث عن المعايير التي يتم الاستعانة بها لتحديد القانون واجب التطبيق، إلى أن «المحكمة الملرود عليها نزاعا يشير مسألة معرفة القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية لا يمكنها تحديد هذا القانون إلا بالاسترشاد بطبيعة هذه الالتزامات والظروف التي صاحبت نشأتها وكذلك أيضا إرادة الأطراف

(١) وقد ذكر المحكم على وجه الخصوص: المعقد البرم بين إيران وشركة أجيپ في ١٩ أغسطس لسنة ١٩٥٨ (م ٤٠)، والمعقد البرم بين إيران ومجموعات الشركات الكونة للكونسرتيوم في ١٩ سبتمبر لسنة ١٩٥٤ (م ٤٦)، والمعقد البرم بين الكويت وشركة شل في ١٥ يناير ١٩٦١ (م ٢٥)، والمعقد البرم بين جمهورية مصر العربية وشركة بان ليريكان في ٢٢ أكتوبر لسنة ١٩٦٢ (م ٤٢).

(٢) وقد ذكر المحكم في هذا الصدد: الحكم الصادر في قضية لينا جول فيلد ضد روسيا في عام ١٩٢٠، والحكم الصادر في قضية لبي طلي ضد شركة البترول المحدودة سنة ١٩٥١، والحكم الصادر في قضية قملر ضد الشركة البحرية الدولية للبترول سنة ١٩٥٢، والحكم الصادر في قضية سافير الدولية ضد شركة نيكو الإيرانية سنة ١٩٦٢.

الصريحة أو الضمنية». إن هذه المعايير الثلاثة المعلنة من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولي والستمة من طبيعة الالتزامات وطُروف إنشائها وإرادة الأطراف تلتقى في القضية الحالية من أجل عكس القرينة التي سبق وقررتها في قضية القروض الصربية<sup>(١)</sup>.

٢ - إن إدراج شرط في العقد ينص على أن المنازعات المحتملة التي يمكن أن تثار بمناسبة تفسير وتنفيذ العقد تكون خاضعة للتحكيم يؤدي إلى تدويل العقد. فمثل هذا الشرط له مدلول مزدوج: فمن ناحية يكون التحكيم خاضعاً للقانون الدولي. ومن ناحية أخرى، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن إدراج شرط التحكيم يحتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولي. فمن غير المتنازع فيه أن اللجوء إلى التحكيم الدولي يكفي لتدويل العقد، أي لوضعه في إطار نظام قانوني خاص، هو القانون الدولي للمقود<sup>(٢)</sup>.

٣ - إن المقود موضوع النزاع تنتمي إلى طائفة جديدة من المقود وهي المقود المسماة باتفاقيات التنمية الاقتصادية *accords de développement économique*، والتي تتميز بالعدد من الخصائص منها أن موضوع هذه المقود يعد على جانب كبير من الأهمية، حيث تحمل إلى الدول النامية استثمارات ضخمة ومساعدات فنية تعمل على تنمية الدولة التي تنفذ فيها، بحيث يعد الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة شريكاً في تحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي في الدول المضيفة. كما تتميز هذه المقود بطول مدتها وهو ما يقتضى التعاون الوثيق بين الدولة والمتعاقد معها.

وبالنظر إلى أهمية هذه المقود من حيث موضوعها والدور الذي يجب على الشريك الخاص أن يؤديه، يجب تحقيق نوع من التوازن بين المصلحة العامة للدولة المتعاقدة والمائد المادي *la rentabilité* اللازم

Ibid, P. 359, N° 43.

Ibid, PP. 359 - 360, N° 44.

(١) انظر الحكم:

(٢) انظر الحكم:

للشركة الخاصة لكي تتابع تنفيذ المهمة الموكولة إليها. كما يجب أيضا تحقيق نوع من الثبات للعلاقة التعاقدية. فالاستثمر الأجنبي يجب حمايته ضد المخاطر التشريعية *les aléas législatifs*، أي ضد المخاطر الناجمة عن التعديل في التشريع الوطني للدولة المضيفة أو الإجراءات الحكومية والتي تستهدف نقض *dénonciation* أو فسخ العقد. ومن هنا يأتي إدراج، كما هو في القضية الحالية، الشروط السمة بشروط الثبات والتي تهدف إلى استبعاد العقد كلية أو جزء منه عن القانون الوطني وإخضاعه إما لقواعد قانونية خاصة *sui generis* أو للقانون الدولي<sup>(١)</sup>.

وأخيرا فقد حدد المحكم المقصود بتحويل المقود محل النزاع مبينا أن القول بأن القانون الدولي هو الذي يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدولة والشخص الخاص الأجنبي لا يعنى مطلقا أن الشخص الخاص قد أصبح مشبها بالدولة ولا يعنى أن العقد المبرم بينهما قد أصبح مشبها بالمعاهدة. ومع ذلك، اعترف المحكم للمتعاقدين الخاص بشخصية دولية محدودة مفرا ذلك بقوله أن القانون الدولي يضم أشخاصا متنوعة. وإذا كانت الدول هي الأشخاص الطبيعية في النظام القانوني الدولي، وتحوز كل الصلاحيات *les capacités* التي قرر لها، فإن الأشخاص الأخرى لا تتمتع إلا بصلاحيات محدودة، مخصصة لأغراض معينة. ويتطابق هذا الاقتراح المتقدم مع ما قرره محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في أبريل سنة ١٩٤٩ من أن «أشخاص القانون، في نظام قانوني معين، ليسوا متماثلين *identiques* من حيث طبيعة أو نطاق حقوقهم. وتتوقف طبيعتهم على حاجات الجماعة».

وفي ضوء ذلك، فإن القول بأن العقد المبرم بين دولة وشخص خاص يقع في إطار النظام القانوني الدولي يعنى أنه، لأجل تفسير وتنفيذ العقد، من المناسب الاعتراف للمتعاقدين الخاص بصلاحيات دولية خاصة. ولكن، وعلى خلاف الدولة، فإن الشخص الخاص ليس له سوى أهلية

محدودة *une capacité limitée*. وكونه من أشخاص القانون الدولي لا يسمح له إلا بالتمسك في مجال القانون الدولي بالحقوق التي يستمدّها من العقد<sup>(١)</sup>.

ويمكن توجيه النقد لهذا الحكم من عدة نواحي وذلك على النحو التالي:

١ - إن الحكم قد استند إلى التفرقة بين النظام القانوني الأساسي والقانون واجب التطبيق على العقد، وهي تفرقة منتقدة على نحو ما سبق أن رأينا<sup>(٢)</sup>.

٢ - إن الحكم قد استند في تدويل المقود محل النزاع على مجرد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وهو أمر متنازع فيه على نحو ما رأينا عند عرض حكم تحكيم سافير<sup>(٣)</sup>. ويبدو أن الحكم كان مرتبكا للغاية حيث أنه قد تضمن هنا الأساس فيما بعد مقررًا أن مجرد اختيار الأطراف لنظام التحكيم الدولي لا يترتب عليه بالضرورة التطبيق المقصور للقانون الدولي<sup>(٤)</sup>.

٣ - إن الحكم قد أخطأ في تفسير حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي الصادر في عام ١٩٢٩ في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية والذي قضت فيه بأن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، وأن مسألة معرفة هذا القانون تعد جزءا من القانون المعروف اليوم باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين. وإن هذه القواعد قد تكون مشتركة في عدة دول

Ibid. P. 361, N° 46 - 47.

(١) راجع الحكم؛

(٢) انظر: ما سبق، ص ٦٤٧ ولاحقا.

(٣) انظر: ما سبق، ص ٧٠٩، ص ٧١٠.

(٤) انظر؛

STERNE (B.), *Trois Arbitrages* ..., Op. Cit., PP. 22 - 24.

وليس: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٩٤.

أو منشأة بموجب الاتفاقيات الدولية أو العرف. وفي هذه الحالة يمكن وصف هذه القواعد بأنها قانون دولي حقيقي. حيث استخلص المحكم من ذلك أن المحكمة الدولية قد أكدت على أن المقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية يمكن أن تخضع لقانون ذي طابع دولي حقيقي.

هنا في حين أن المحكمة الدولية قد تمسكت بضرورة إخضاع العقد لنظام قانوني داخلي. أما القواعد التي تشير إليها والتي يمكنها أن تشكل قانونا دوليا حقيقيا. فهي قواعد تنازع القوانين<sup>(١)</sup>.

٤ - إن الحكم قد تضمن العديد من التناقضات، فمن ناحية، لقد أكد على أنه من غير المتنازع فيه أن المقود محل النزاع تعد عقودا دولية. سواء بالتطبيق للميار الاقتصادي حيث أنها تتعلق بمصالح التجارة الدولية أو بالتطبيق للميار القانوني حيث أنها تشتمل على ضوابط إسناد تتصل بأكثر من دولة<sup>(٢)</sup>. على الرغم من أنه أكد فيما بعد أن المقود محل النزاع تعتبر تصرفات قانونية دولية وبالتالي تدخل في إطار القانون الدولي العام. وشتان الفارق بين الأمرين، المقود الدولية طبقا للميار الاقتصادي أو القانوني على النحو المتعارف عليه في القانون الدولي الخاص. والمقود الدولية باعتبارها تصرفات قانونية دولية تدخل في إطار القانون الدولي.

ومن ناحية أخرى، إن المحكم قد استند على مبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون الدولي الخاص. واستند في نفس الوقت على القانون الدولي العام، في تبرير اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق.

٥ - إن اعتراف المحكم للأشخاص الخاصة بشخصية دولية محدودة قد تعرض للنقد الشديد من عدة نواحي. فمن ناحية تشير تلك الفكرة العديد من التناقضات، ويشور التنازل في المقام الأول عن مصدر هذه

(١) انظر في نفس المعنى:

RIGAUX (F.), Des lieux et ... Op. Cit., P. 447, N° 15;

STERNE (B.), trois Arbitrages ... Op. Cit., P. 21.

Clunet, P. 352, N° 22.

(٢) انظر المحكم:

الشخصية وما إذا كان المقد نفسه، لى الإرادة المتطابقة للأطراف. أم أن الدولة ذاتها هى التى تجيز للشخص الخاص التعاقد معها بأن يدخل فى دائرة أشخاص القانون الدولى؟

إن القول بأن مصدر هذه الشخصية المقد نفسه يعنى من جهة أن للشخص الخاص السلطة فى أن يعترف لنفسه بأنه من أشخاص القانون الدولى طالما أن إبرام المقد - مصدر هذه الشخصية - يصدر عن إرادته<sup>(١)</sup>. كما يعنى من جهة أخرى الاعتراف بالطابع اللاحق لهذه الشخصية على إبرام المقد. وأن المقد سابق فى وجوده على تمتع الشخص الخاص الذى إبرمه بالشخصية الدولية وهو الذى منحه إياها. ومن هنا يثور التساؤل هل يمكن أن يستند تمويل المقد على أمر لاحق على إبرامه؟ إن المقد يجب أن يتأسس تدويله على أنه أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الدولى<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان من غير الممكن القول بأن مصدر هذه الشخصية المقد نفسه، فهل يمكن القول بأن مصدرها الدولة ذاتها؟ لا يمكن الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، وذلك لأن صفة الشخص القانونى الدولى مآلة تهم المجتمع الدولى بأسره. ولا يمكن للدولة ما أن تمنح هذه الصفة للشخص العام. إن منح هذه الصفة يتم بواسطة القانون الدولى وحده، ولا توجد فى القانون الدولى أية قاعدة تجيز للدول أن تنشئ بإرادتها المنفردة أشخاصاً قانونية دولية جديدة<sup>(٣)</sup>. وحتى على فرض أن القانون الدولى يمنح الدولة سلطة إسفاء الشخصية الدولية على الشخص الخاص التعاقد معها، فإن التساؤل يثور عما إذا كان القانون الدولى يحظر على الدولة سحب اعترافها بالشخصية الدولية التى سبق وأن أسفقتها على هذا الشخص<sup>(٤)</sup>. أم أنه يجوز لها ذلك؟ إن قبول اعتراف الدولة بالشخصية الدولية للمعاقد معها يقابله

(١) نظرى: RIGAUX (F.), *Des dieux et ...*, Op. Cit., P. 445

(٢) نظرى: BERLIN (D.), Op. Cit., P. 285.

(٣) نظرى: HASSAN (A.W.M.), Op. Cit., PP. 74 - 75.

(٤) نظرى: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٥٦.



بالضرورة قبول محب الدولة لاعترافها بالشخصية الدولية التي سبق أن أنفثتها على الطرف المتعاقد معها<sup>(١)</sup>. وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الفائدة من الاعتراف للشخص الخاص بنظام يمكن للدولة أن تهدمه بنفس السرعة التي أنشأته فيها<sup>(٢)</sup>.

كما يثور التساؤل عن مصدر هذه الشخصية في الفرض الذي تتولى فيه المؤسسات العامة - كما هو الحال في الجزائر وإيران - إبرام هذه العقود مع الأشخاص الخاصة الأجنبية فهل يمكن القول في هذا الفرض بأن هذه المؤسسات تملك سملطة منح الشخصية الدولية للأشخاص المتعاقدة معها<sup>(٣)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للاعتراف له بالشخصية الدولية. حيث يشترط للاعتراف لوحدة ما بالشخصية الدولية وجوب توافر العنصرين التاليين:

أ - أن تتمتع الوحدة بالأهلية القانونية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات الدولية، أي أن تكون من المخاطبين بأحكام القانون الدولي.

ب - أن يكون لدى الوحدة القدرة على إنشاء قواعد القانون الدولي بالتراضي مع غيرها من الوحدات المماثلة. وهذا العنصر يتميز به شخص القانون الدولي عن شخص القانون الداخلي<sup>(٤)</sup>.

كما أن قبول اعتبار الشخص الخاص من أشخاص القانون الدولي يفتح العلاقات الدولية أمام تجمعات يعد الربح هو هدفها النهائي. هذا بالإضافة إلى أن الاعتراف للشخص الخاص بسمته من أشخاص القانون الدولي معناه أن من حقه اللجوء مباشرة إلى القضاء الدولي، والدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد، وذلك استقلالا عن تحمل الدولة التابع لها لدعواه<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: د. حفيظة العباد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op., Cit., P. 113, N° 83.

(٣) انظر في نفس المعنى، د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٥٦.

(٤) راجع في ذلك: د. محمد طلعت النقيس، الوسيط في قانون السلام .... المرجع السابق، ص ٨٥٦. ولينا د. أحمد رفعت، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٥) انظر: VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., PP. 96-97.

ولا يجوز الاحتجاج في هذا الصدد بالرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في ١١ أبريل لسنة ١٩٤٩<sup>(١)</sup>، والذي اعترف صراحة للأمم المتحدة بالشخصية الدولية. وذلك لأن هذا الرأي كان خاصاً بالمنظمات الدولية وشتان الفارق بينها وبين الأشخاص الخاصة. فالمنظمة الدولية عبارة عن تكتل عدة دول منشأة بموجب اتفاقية دولية، وينفذ أهداف مشتركة لأعضائه، ويعبر بواسطة الأعضاء عن إرادة مستقلة ومتميزة عن الدول التي أنشأتها. كما أن شخصية المنظمة الدولية ليست محل منازعة في الوقت الحاضر<sup>(٢)</sup>.

الخلاصة: أن الشخصية الدولية المحدودة والتي يتنادى بها أنصار تدويل هذه العقود وإخضاعها للقانون الدولي العام، ما هي إلا أسطورة من أساطير قانون الشعوب<sup>(٣)</sup>.

(١) صدر هذا الرأي بناء على طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناسبة مقتل مبعوث الأمم المتحدة في فلسطين عام ١٩٤٨ أثناء قيده بالوساطة بين الفلسطينيين والمصليين المسيحيين. فثار التساؤل عن مدى أهمية الأمم المتحدة في تحريك دعوى المسؤولية الدولية عند إبادة أحد العاملين بها بمنزلة إنشاء تغطية وظيفية في خدمة الأمم المتحدة. وقد انتهت المحكمة إلى تأكيد أن الدول ليست وحدها هي التي تصف بوصف الشخصية الدولية بل إن هناك لشخصاً قانونية أخرى غير الدول تتمتع بهذا الوصف، وبناء على هذا الرأي، بدأ الفقه الدولي في قبلي وضع الأمم المتحدة القانوني يباقي المنظمات الدولية، واستخلص أن المنظمات الدولية عموماً تصف بوصف الشخص القانوني الدولي. غير أن المحكمة أكدت أن المنظمة الدولية لا تتمتع بالشخصية الدولية إلا بالقدر اللازم لتحقيق أهدافها فهي شخصية غير متساوية مع شخصية الدولة، وإنما هي شخصية وظيفية تنحصر في الأهداف والاختصاصات التي تقرتها الدول في ميثاق إنشائها. راجع في ذلك، د. أحمد رفعت، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 129, N° 104.

(٣) انظر:

VERHOEVEN (J.), Droit international des contrats ... Op. Cit., P. 220.

حيث يذكر أن:

«A vrai dire, La personnalité limitée est l'un des mythes de la doctrine du droit des gens, qui fleurit régulièrement pour offrir des explications qui n'en ont à l'ordinaire pas besoin».

٦ - وأخيرا، يجب أن نلاحظ من ناحية أن المحكم كان لديه التية منذ البداية في استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، أي القانون الليبي. وذلك عندما بدأ بالتأكيد على أن «القيمة القانونية» والقوة الملزمة لمقود الامتياز محل النزاع يجب أن تقدر طبقا للقانون واجب التطبيق عليها. وأنه لو فرض أن هذه المقود يجب أن تكون محكمة بالقانون الليبي. فإن قوتها الملزمة يمكن المساس بها بواسطة الإجراءات التشريعية والتنظيمية في النظام القانوني الليبي»<sup>(١)</sup>. ومن ناحية أخرى، فإن المحكم قد استهدف من وراء ذلك كله حماية مصالح الشركات المتعاقدة - على نحو ما فعل الأستاذ Cavin في قضية سافير - وهو ما أفصح عنه صراحة على نحو ما رأينا.

سابعاً: حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية عام ١٩٧٧<sup>(٢)</sup>:

لقد بدأ المحكم في هذا الحكم بالتأكيد على أن الأنظمة القانونية لكل من الطرفين غالباً ما تكون غير متشابهة. ومن ثم مالم يوجد اتفاق صريح من قبل الأطراف - سواء في العقد الأصلي أو في مستند لاحق - فإنه من غير العادل الاستناد على أي من النظامين واستبعاد الآخر. لأن في ذلك ما يخالف مبدأ المساواة بين الأطراف. فضلا عن ذلك فإن كلا من النظامين القانونيين أو أحدهما قد يكون غامضا Vague أو غير كاف بالنسبة للعديد من المسائل المتعلقة بالامتياز.

وبناء على ذلك، قرر المحكم أنه عندما يكون أحد أطراف النزاع أجنبياً، فإن على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تسترشد بالمبادئ العامة المنظمة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. وطبقا لهذه المبادئ، فإن القانون واجب التطبيق على عقد ما هو القانون المختار بواسطة

(١) راجع الحكم: Clunet 1977, P. 352, N° 22.

(٢) انظر أجزاء من الحكم منشورة في:

Rev. Arb., 1980, P. 116, Spéc. P. 137 et SS.

وراجع ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ١٢١ ومليها، ص ١٢٦ ومليها.

الأطراف سراحة أو ضئنا- وإعمالا لبدا استقلال الإراة المعترف به لحل تنازع القوانن فى العقود بصفة عامة، تضمنت عقود الامتياز محل النزاع نسا صريحا يصر عن رغبة الأطراف فيما يتعلق بالقانون الذى يجب أن يرضع له العقد.

فقد نصت المادة (٧/٢٨) من عقود الامتياز المبرمة بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو على أنه «يكون هذا العقد محكوما ومفسرا طبقا لمبادئ القانون الليبي المشتركة مع مبادئ القانون الدولي. وفى حالة عدم وجود مبادئ مشتركة، يكون العقد محكوما ومفسرا بالمبادئ العامة للقانون، بما فى ذلك المبادئ التى طبقتها المحاكم الدولية» (١).

بعد ذلك، قام المحكم بالتدليل على صحة هذه الشروط، فى القانون الدولي والقانون الليبي وذلك بقوله إن صحة الشروط المنصبة على اختيار القانون واجب التطبيق كان معترفا بها من قبل الفقه والقضاء الدوليين. كما أن القانون العام الليبي قد أجاز سراحة هذه الشروط، وذلك فى البند (٧/٢٨) من الملحق الثانى المرفق بالقوانين السائرة بشأن البترول عامى ١٩٥٥، ١٩٦٥. كما أجازها أيضا القانون المدينى الليبي والذى أكد فى المادة ١٤٧ منه على الطابع الأمر للشروط التعاقدية بما فى ذلك الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق. هنا بالإضافة إلى المادة (١٩) من هذا القانون والتي نصت سراحة على حرية الأطراف المتعاقدة فى اختيار القانون واجب التطبيق على العقد. ثم انتهى المحكم إلى القول بأنه: «من المبادئ السلم بها عالميا فى القانون الداخلى والدولى على حد سواء أن لأطراف العقد ذى الطابع المختلط - عام وخاص فى أن واحد - الحرية فى اختيار القانون الذى يحكم عقدهم» (٢).

ثم انتقل المحكم بعد ذلك إلى بيان القانون واجب التطبيق على عقود الامتياز محل النزاع والمنصوص عليه فى المادة (٧/٢٨) السالفة

الذكر. وقرر أن القانون الرئيسى واجب التطبيق على المقدر هو القانون الليبي. ولكن مع مراعاة أن هذا القانون لا يطبق منه إلا المبادئ القانونية المتأصلة مع مبادئ القانون الدولى. ومن ثم فإن من شأن القانون الدولى استبعاد أى جزء من القانون الليبي لا يتفق مع مبادئ القانون الدولى (١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المحكم قد أكد على أن القانون الليبي عموما والقانون الإسلامى بصفة خاصة يشتملان على قواعد ومبادئ مشتركة مع القانون الدولى. كما أكد أيضا على أن المبادئ العامة للقانون والتي تعد القانون الاحتياطى للمقد. غالبا ما تكون مندمجة incorporés فى غالبية الأنظمة القانونية. وخسوسا فى التشريع الليبي بما فى ذلك قوانينه الحديثة والقانون الإسلامى (٢).

ويمكننا أن نبدى على هذا الحكم الملحوظتين التاليتين:

١ - إن الإستناد إلى مبدأ المساواة بين الأطراف لإستبعاد اللجوء إلى الأنظمة القانونية للأطراف المتعاقدة أمر من الصعب قبوله. حيث لا يبدو لنا أن فى الاستناد إلى أحد أنظمة القانون الدولى الخاص لأحد الأطراف أو فى تطبيق قانون هذا الطرف أو ذاك. ما يتضمن إهدارا لمبدأ المساواة بين الأطراف. والقول بغير ذلك يتضمن إهدارا لأنظمة القانون الدولى الخاص ذاتها. وذلك لأنه من المسلم به فى هذه الأنظمة أن المحكمة المعروض عليها النزاع تتولى تحديد القانون واجب التطبيق طبقا لنظام القانون الدولى الخاص فى الدولة التى تنتمى إليها. وهذا النظام غالبا ما يكون هو ذاته أحد الأنظمة القانونية لأحد طرفى النزاع. كما أن قواعد القانون الدولى الخاص غالبا ما تنص بتطبيق قانون أحد الطرفين.

٢ - إن الإستناد إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص لتبرير تطبيق أحكام القانون الدولى أو المبادئ العامة للقانون يعد أمرا غير مجديا. وذلك لأن قواعد التنازع فى القانون الدولى الخاص فى الدول

Ibid, P. 139.

Ibid, PP. 141 - 142.

(١) انظر:

(٢) انظر:

المختلفة تستهدف حل التنازع بين القوانين الداخلية. ومن ثم فإن إعالتها يسفر حتما عن تطبيق أحد القوانين الوطنية، ولا يمكن بأى حال من الأحوال أن تعطى الاختصاص للقانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون. ولعل هذه الحقيقة هي ما دفعت المحكم إلى اللجوء إلى القانون الدولي ذاته لتبرير صحة اختيار الأطراف للقانون الدولي والمبادئ العامة للقانون.

ثامنا: حكم التحكيم الصادر في قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية<sup>(١)</sup>:

في هذا الحكم. بنت محكمة التحكيم عدم وجود أية مشكلة في تحديد القانون واجب التطبيق على المقدم موضوع النزاع، مؤكدة على أنه من غير المتنازع فيه أن القانون الكويتي ينطبق على العديد من المسائل التي يعد بالنسبة لها القانون الأكثر ارتباطا. ثم أوضحت أن القانون الكويتي يعد نظاما متطورا، حيث أن حكومة الكويت ذاتها قد أعلنت أن القانون الدولي العام يعد جزءا من القانون الكويتي. كما أن المبادئ العامة للقانون تعد بدورها جزءا من القانون الدولي العام، كما أشارت إلى أن تطبيق هذه المبادئ على عقود الامتياز البترولية ينبع في الواقع من الشروط التعاقدية التي تتضمنها هذه العقود ذاتها. وذكرت المحكمة - على سبيل المثال - الاتفاق المبرم بين الأطراف عام ١٩٧٢ والذي تضمن نصا يقضي بأن يقيم الأطراف العلاقات الناشئة عن المقدم على مبدأ حسن النية. ونظرا لاختلاف جنسية الأطراف، يرتب العقد آثاره، ويكون مفسرا ومطبوقا وفقا للمبادئ المشتركة في قانون دولة الكويت وقانون ولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية. وفي حالة غياب هذه المبادئ المشتركة. وفقا لمبادئ القانون المعترف بها عموما من قبل الدول المتقدمة، بما في ذلك المبادئ التي طرحتها المحاكم الدولية. ثم انتهت المحكمة من ذلك إلى أن المبادئ العامة للقانون هي التي كانت حاضرة في ذهن حكومة الكويت والشركات المتعاقدة معها<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع هذا الحكم في: Clunet, 1982, P. 869, Spéc. P. 872 et ISS. وانظر ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ١٢٧ ولاحقا، ص ٥٥٦.

(٢) انظر: Ibid, P. 872, N° et 8.

وقد أوضحت المحكمة أن هناك اعتباراً آخر قد سهل من مهمتها في هذا الصدد، ألا وهو أن الأطراف قد بينوا في اتفاق التحكيم القانون واجب التطبيق. فقد نصت المادة (٢/٢) من اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين في ٢٢ يوليو عام ١٩٧٩ على أن «القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى محكمة التحكيم تحديده، على أن تراعى صفة الأطراف والطابع عبر الدولي لملاقاتهم ومبادئ القانون والممارسات المتبعة في العالم المعاصر».

فقد قررت المحكمة أن هذا النص يبين بوضوح أن الكويت دولة ذات سيادة، وهي الحارسة للمصالح العليا للجماعة الوطنية والتي يعد القانون عنصراً أساسياً في العلاقات بين أفراد المجتمع داخل الدولة. كما أن هذا النص بإشارته إلى الطابع عبر الدولي يكون قد أبرز غنى La richesse وخصوبة la fécondité القواعد القانونية الواجب على المحكمة تطبيقها. وقد انتهت المحكمة إلى أنه على الرغم من تعدد مصادر القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه لا يوجد تناقض فيما بينها. فمن ناحية فإن القانون الدولي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من القانون الكويتي، ومن ناحية أخرى، فإن المبادئ العامة للقانون تعترف بحقوق الدولة بوسفها راعية للمصالح العليا للمجتمع<sup>(١)</sup>.

#### خلاصة:

يتضح مما تقدم عدم وجود اتجاه قضائي ثابت ومستقر بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول. حيث أن البعض من أحكام التحكيم (الأحكام الصادرة في قضايا: أبي طيبي، وقطر، وسافير) استبعد القوانين الوطنية واجبة التطبيق لصالح مجموعة من المبادئ وسفت بشكل أو بآخر أنها تعتبر مبادئ عامة. وبالتالي تم إعمال هذه المبادئ بدلا من قانون قطر. وقانون أبي طيبي. والقانون الإيراني.

كما أن البعض الآخر (حكم تحكيم ارامكو) قرر تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والمبادئ العامة للقانون وأحكام القانون الدولي.

وفيما يتعلق بالأحكام المصادرة في قضايا البرتش بتروليم، وليامكو، وتكساكو ضد الحكومة الليبية، فإنه على الرغم من صدور هذه الأحكام بصدور عقود متماثلة، وعلى الرغم من تماثل الشروط التي تضمنتها العقود، محل النزاع بشأن تحديد القانون واجب التطبيق، إلا أنها قد اختلفت فيما بينها.

فالمحكم Lagergren - في قضية B.P. - قد استند سلطته في تحديد قاعدة النزاع الأكثر ملاءمة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، وبناء على ذلك اختار المحكم قانون الدنمارك والذي يتميز - من وجهة نظره - بأنه يعطي للأطراف حرية كبيرة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، مما يسمح بقبول النص الذي يشير إلى تطبيق عدة قوانين في آن واحد.

هنا في حين أن المحكم محماتي - في قضية ليامكو - ذهب إلى أن أعمال النظام القانوني الوطني لأحد الطرفين يشكل خرقاً لبدأ المساواة فيما بينهما، ومن ثم لجأ المحكم إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

كما اختلف المحكمون في تفسير الشروط المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على الرغم من تماثلها. فقد ذهب المحكم - في قضية ليامكو - إلى اعتبار أن القانون الليبي هو القانون واجب التطبيق بصفة رئيسية. هنا إلى جانب وجود إشارات عديدة إلى القانون الإسلامي. كما أكد أيضاً على أن القانون الليبي بصفة عامة والقانون الإسلامي بصفة خاصة يشترطان على قولعد ومبادئ مشتركة مع القانون الدولي. هنا في حين أن المحكم - في قضية B.P. - قد قرر أن شرط القانون واجب التطبيق يستبعد تطبيق القانون الليبي وحده، والقانون الدولي وحده، كما أنه انتهى إلى عدم وجود مبادئ مشتركة بين كل من هذين النظامين القانونيين، ولجأ بالتالي إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون.

وعلى خلاف كل من حكم تحكيم B.P. وحكم تحكيم ليامكو، فإن حكم تحكيم تكساكو قدر أن عقود الامتياز محل النزاع تعتبر تصرفات



قانونية دولية تخضع مباشرة للقانون الدولي. ومن أجل تبرير هذه النتيجة. قدر المحكم أنه من الضروري التمييز بين النظام القانوني الأساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة وهو القانون الدولي، والقانون الذي يحكم العقد وهو النظام القانوني المركب الذي نص عليه الأطراف. وقد اهتم المحكم بالدليل على أن القانون الدولي يمكنه أن يعد أساسا للعقد وأيضا لبدأ استقلال الإرادة.

وأخيرا، فإن حكم تحكيم أمنيويل قد جاء مغالفا لكل الأحكام السابق بيانها. إذ أنه قرر تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، أي القانون الكويتي. ثم طبق القانون الدولي - وكذلك المبادئ العامة للقانون - باعتباره جزءا من القانون الكويتي. وقد ذهب بعض الفقهاء (١) - تعليقا على هذا الحكم - إلى القول بأن هذا المبدأ الذي اتبعه الحكم ينسر اشتزاز المحكمين من النظر إلى العقد البرم بين الدولة والشخص الخاص على أنه تصرف قانوني دولي.

نخلص مما تقدم إلى أن موقف أحكام التحكيم لم يكن واضحا. ولا موحدا، ولذلك نجد أن هذه الأحكام يتمسك بها أنصار تطبيق القانون الدولي، كما يتمسك بها القائلون بوجود نظام قانوني ثالث سواء القائلون بتطبيق المبادئ العامة للقانون أو قانون عبر الدول أو قانون التجارة الدولية (٢).

---

(١) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 105. N° 76.

(٢) انظر في نفس المعنى:

BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 95 et SS. Spéc. P. 106.

وليس:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ..., Op. Cit., P. 164 et SS:

Vergopoulos - Michail (A.), Op. Cit., PP. 103 - 104.

وليس: د. حنيطة الحيد، العقود البرمة بين الدول ... المرجع السابق، ص.

٧٢٧، وخصوصا ص ٧٢٨.

## المطلب الثاني

### الممارسة التعاقدية

على الرغم من تنوع واختلاف الشروط التي تضمنتها عقود البترول بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، بيد أنه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى عدة طوائف، وذلك على النحو التالي:

**أولا - الشروط التي تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون باعتبارها القانون الذي يحكم العقد:**

نمت بعض عقود البترول على اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون باعتبارها القانون الذي يحكم العقد - من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين إيران والشركة الأنجلو إيرانية والذي نص في المادة (٢٢) منه على أن «يؤسس الحكم على المبادئ القانونية التي تضمنتها المادة ٢٨ من نظام محكمة العدل الدولية الدائمة»<sup>(١)</sup>. كذلك الأمر بالنسبة للعقد المبرم بين قطر وشركة نفط قطر عام ١٩٢٥، فقد نمت المادة (١٦) منه المطلقة بشرط التحكيم على أن «تفصل محكمة التحكيم وفقا للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحدة»<sup>(٢)</sup>. كما تضمن الاتفاق المبرم بين الطرفين في ٢١ ديسمبر عام ١٩٦٤ - والبعده للعقد المذكور أعلاه - نصا مماثلا في المادة (١٩) منه<sup>(٣)</sup>. كذلك الأمر بالنسبة للعقد المبرم بين أبي طيبي وشركة Mitsubischi في ١٤ مايو عام ١٩٦٨. حيث نص على أن «يكون لهذا الاتفاق قوة القانون، ويرتب آثاره ويفسر ويطبق وفقا لمبادئ القانون المعترف بها طبيعيا من الدول المتحضرة. بما في ذلك المبادئ التي سبق وأن طبقتها المحاكم الدولية»<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر في هذا النص.

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 91 - 92.

(٢) راجع في هذا النص: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٢٧.

(٣) راجع في هذا النص:

EL - KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ... Op. Cit., P. 300.

(٤) راجع في هذا النص:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 84.

وقد ثار خلاف في الفقه بشأن مدلول النص في المقد على تطبيق المبادئ العامة للقانون.

فقد ذهب رأى (١) إلى أن النص على تطبيق المبادئ العامة للقانون يعد إشارة صريحة على إخضاع المقد للقانون الدولي. وذهب رأى ثان (٢) إلى القول بإخضاع المقد للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة والمنصوص عليها في المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية باعتبارها كذلك. أي باعتبارها نظاماً قانونياً مستقلاً.

وذهب رأى ثالث (٣) إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون ليست فقط من مصادر القانون الدولي العام، كما نصت على ذلك المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية. بل تعتبر أيضاً المصدر الرئيسى لقانون عبر الدول.

وذهب رأى رابع (٤) إلى أن المبادئ العامة للقانون بالمعنى الوارد في المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية تندرج ضمن قانون التجارة الدولية وتعد أحد العناصر المكونة له.

وذهب رأى خامس (٥) إلى التفرقة بين حالتين: الحالة التي تكون فيها الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون مصحوبة ببيان واضح بالقدر الكافي فيما يتعلق بالنظام القانوني واجب التطبيق. والحالة التي يشير فيها الأطراف للمبادئ العامة للقانون وحدها.

وفي الحالة الأولى، فإن المبادئ العامة للقانون التي تنطبق هي تلك التي يتضمنها النظام القانوني واجب التطبيق.

(١) انظر: MANN (F.A.), Op. Cit., P. 51.

(٢) سبق التمرش لهذا الرأي بالتفصيل، راجع ج ١٧٢ ومليهما.

(٣) سبق أن عرضنا لهذا الرأي، راجع ما سبق ص ٦٦٨، ٦٦٩.

(٤) سبق الإشارة إلى هذا الرأي، راجع ما سبق ص ٦٨٨، ٦٨٩.

(٥) انظر مع المزيد من التفصيل:

WEIL (P.) Principes généraux ..... Op. Cit., P. 387, Spéc.  
P. 404 et SS.

وعلى هذا النحو يجب النظر إلى الشرط الذي يشير إلى المبادئ العامة للقانون كما تطبقها المحاكم الدولية أو المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها في المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية على أنه يعد إشارة إلى قواعد القانون الدولي والذي تعد المبادئ العامة للقانون أحد مصادره الرسمية.

وفي الحالة الثانية، وهي الحالة التي يشير فيها المقدم إلى المبادئ العامة للقانون وحدها أو التي تكون فيها الإشارة إلى هذه المبادئ غير مصحوبة بأي بيان واضح فيما يتعلق بالنظام القانوني واجب التطبيق، فإن المحكم هو الذي يقع على عاتقه مهمة تحديد النظام القانوني الذي يجب أن تندرج فيه المبادئ العامة والذي يعطى لها وجهها الحقيقي.

ويرفض أصحاب هذا الرأي النظر إلى الإشارة التلقائية إلى المبادئ العامة للقانون على أنها تدل بناتها على أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو إخضاع المقدم لنظام قانوني ثالث أو أنها تعنى خضوع المقدم لقواعد القانون الدولي على نحو ما فعل الأستاذ Dupuy في قضية تراكو. فقد أكد الأستاذ ديبوي وبدون تردد على أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعد معيارا كافيا لتدويل المقدم. إن هذا التفسير لا يمكن التسليم به. إذ أن الأطراف لو كانت لديهم نية اختيار المبادئ العامة للقانون كما ينس عليها وتطبيقها القانون الدولي لكانوا قد اختاروا إحدى الصيغ المتعارف عليها في الممارسة التلقائية مثل اختيار المبادئ العامة المنصوص عليها في المادة (٢٨) من نظام محكمة العدل الدولية أو المبادئ العامة للقانون كما هي مطبقة بواسطة المحاكم الدولية. وبما أن الأطراف لم يختاروا أيًا من هذه الصيغ المذكورة، وفضلوا مجرد الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون بدون أي إيضاح آخر، فمن الجائز افتراض أن القانون الدولي لم يكن هو القانون الذي يقصده الأطراف أو فكروا فيه.

وذهب رأي أخير<sup>(١)</sup> إلى التفرقة بين نوعين من الشروط التي

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

تشير إلى المبادئ العامة للقانون؛ الشروط التي تشير إلى المبادئ العامة للقانون سراحة وتهدف إلى توطئ المقء خارج إطار القانون الوطنى. بحيث يمكن القول بأن هذه الشروط تعين القانون الدولى كقانون يحكم المقء. والشروط التي تشير إلى المبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية. بحيث ينحصر دور هذه المبادئ - بالنسبة للأطراف - فى تفسير الممطلحات وتكملة النقص. وليس فى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على المقء.

وإذا كان النوع الأول من الشروط يسمح بتبويل المقء. أى توطئ فى النظام القانونى الدولى. فإن النوع الثانى ينحصر دوره فى سلب المطابع الوطنى Dénationalisation أو عدم توطئ Délocalisation المقء فى النظام القانونى الوطنى الذى يجب أن يخضع له.

وحول ما إذا كانت الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تكفى بذاتها فى عدم توطئ المقء. أجاب أصحاب هذا الرأى بالقول بأن هذه الشروط لا تحول دون توطئ المقء فى النظام القانونى الوطنى الذى يتسل به المقء فى كل عناصره. ويبدو أن هذه الشروط لا تفسر على أنها تعبير عن إرادة الأطراف فى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة بقدر ما تفسر على أنها تهدف إلى تغادى التجاوزات التي ترجع إلى التطبيق الصارم لهذا القانون. فالأمر يتعلق هنا بمنصر من عناصر الوقاية أو المظلة القانونية. وذلك فى الحدود التي يعبر فيها عن رغبة الأطراف فى الحصول أولاً وقبل كل شيء على حل عادل للمنازعات التي قد تنشأ بينهم أكثر من الحصول على حل قانونى. وهنا تكمن الخطورة. إذ أن المحكم قد يستنبط من هذه الشروط وجود إرادة مفترضة للأطراف لمالء الإسناد إلى القانون الدولى أو يفصل فى النزاع بدون اللجوء إلى نظام قانونى معين.

وبالنظر إلى هذا الخلاف الفقهى. فإن النص على تطبيق المبادئ العامة للقانون يترتب عليه اختلاف فى الحلول حسب اعتناق المحكم لهذا الرأى أو ذاك.

على أية حال، فإنه باستثناء العقود المذكورة، لم تتضمن العقود الأخرى مثل هذا النص، وهو ما يوضح - على حد تعبير البعض (١) - الاتجاه السلي للأطراف في اختيار المبادئ العامة للقانون كنظام قانوني مستقل يحكم هذه العقود.

**ثانياً: الشروط التي تنص على تطبيق المبادئ المشتركة في القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقانون الدولي العام بصفة رئيسية، والمبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية:**

ولقد نصت على هذا النوع من الشروط عقود البترول المبرمة بين الحكومة الليبية والشركات الأجنبية طبقاً لقانون البترول الليبي الصادر عام ١٩٥٥ والمعدل بالقانون الصادر عام ١٩٦٥. ومن أهم هذه العقود يمكن أن نذكر العقود الثلاثة المبرمة مع كل من شركة البرتشن بتروليم، وشركة ليامكو، وشركتي تكساكو وكالازياتيك، والتي كانت محلاً لأحكام التحكيم التي عرضنا لها فيما سبق. حيث كانت تنص المادة (٧/٢٨) من هذه العقود على أن «يكون الاختيار محكوماً ومفسراً طبقاً لمبادئ القانون الليبي المطابقة لمبادئ القانون الدولي. وفي حالة عدم وجود مبادئ مشتركة بينهما، يكون الاختيار محكوماً ومفسراً طبقاً للمبادئ العامة للقانون. بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية». وقد سبق أن رأينا - عند دراسة أحكام التحكيم - أنه على الرغم من تماثل هذه الشروط، بيد أن المحكمين قد اختلفوا في تفسيرها.

**ثالثاً: الشروط التي تنص على تطبيق المبادئ المشتركة في الأنظمة القانونية للأطراف المتعاقدة بصفة رئيسية، والمبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية:**

يعتبر العقد المبرم بين إيران والشركة الوطنية الإيرانية للبترول من ناحية والكونسرتيوم المكون من مجموع الشركات الأمريكية والإنجليزية والفرنسية والهولندية من ناحية أخرى عام ١٩٥٤، أول عقد يتضمن مثل هذا النوع من الشروط. فقد نصت المادة (٤٦) منه على أنه «نظراً

(١) انظر: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٢٧، ٧٢٨.

لاختلاف جنسيات أطراف هذا العقد. فانه يجب أن يكون محكوما ومفسرا ومطبقا وفقا للمبادئ القانونية المشتركة في إيران والدول المختلفة التي ينتسب إليها الأطراف الأخرى في هذا العقد. وفي حالة عدم وجود مثل هذه المبادئ المشتركة. وفقا للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتحدة. بما في ذلك المبادئ التي ملبقتها المحاكم الدولية»<sup>(١)</sup>.

وكما لاحظ بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> - ويحق - فإن إعمال هذا النص سيتضمن من محكمة التحكيم البحث عن المبادئ المشتركة في ثمان أنظمة قانونية<sup>(٣)</sup>.

ومنذ إبرام هذا العقد. فإن هذا النوع من الشروط قد تم النص عليه في العديد من عقود البترول المبرمة مع الدول المنتجة للبترول في منطقة الشرق الأوسط. ففي إيران. تم النص على هذا الشرط في العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية أجيبي عام ١٩٥٧. حيث نصت المادة (٤٠) منه على أنه «نظرا لاختلاف جنسية أطراف هذا العقد. فانه يجب أن يكون محكوما ومفسرا ومطبقا وفقا للمبادئ المشتركة في إيران وإيطاليا. وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ. وفقا للمبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتحدة. وخصوصا المبادئ التي ملبقتها المحاكم الدولية». وفي الكويت. فقد نصت المادة ٢٩ من العقد المبرم بينها وبين الشركة العربية للزيت (شركة يابانية) في سنة ١٩٥٨ على أن «يكون العقد محكوما ومفسرا وفقا للمبادئ المشتركة في الكويت واليابان. وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ. وفقا لمبادئ القانون المعترف بها في الأمم المتحدة. وخصوصا المبادئ التي ملبقتها المحاكم الدولية»<sup>(٤)</sup>.

Rev. Arb., 1956, P. 69.

(١) انظر:

(٢) انظر:

EL - KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ..., Op. Cit., P. 302; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 82.

(٣) وهي القانون الإيراني. والقانون الفرنسي. والقانون الإنجليزي. والقانون الهولندي. بالإضافة إلى قوانين الولايات الأربع التي تنسب إليها الشركات الأمريكية الطرف في العقد.

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 83 - 84.

(٤) راجع:

وفي مصر، تضمنت العديد من عقود البترول المبرمة بواسطة الحكومة والمؤسسة المصرية العامة للبترول - والتي سميت الهيئة فيما بعد - والشركات الأجنبية هذا النوع من الشروط.

ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان في ٢٢ أكتوبر عام ١٩٦٢. فقد نصت المادة (٤٢) من هذا العقد على أنه «يقيم موقعوا هذه الاتفاقية العلاقات بينهم فيما يتعلق بهذه الاتفاقية على أسس من حسن الثقة وسلامة التصد وبالنسبة لاختلاف جنسية الأطراف فإن هذه الاتفاقية يجري تنفيذها وتفسيرها وفقاً للمبادئ القانونية المشتركة في الجمهورية العربية المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية. وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ المشتركة، يكون طبقاً للمبادئ القانونية التي طبقتها المحاكم الدولية»<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالملاحظة أن هذه الشروط قد تشير عند تطبيقها صوغات مؤكدة. إذ أنه من المؤكد أن مهمة المحكم ستكون صعبة في إبراز المبادئ المشتركة في الأنظمة القانونية المختلفة واجبة التطبيق، وخموساً في الفرض الذي تكون فيه الشركة الطرف في العقد من الشركات المتعددة الجنسيات أو عندما يكون العقد مبرماً مع أكثر من شركة أجنبية. وهذه الفروض ليست نادرة.

---

(١) ونظر أيضاً العقد المبرم بين الأطراف في ١٢ فبراير عام ١٩٦١ (م ٤٢)، وأيضاً: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة إسو الأمريكية في ١٩٨١/٨/٢٧ (م ٢١)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة كونوكو الأمريكية وشركة توتال الفرنسية في ٢٢ فبراير عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة أمريكان لترانسبورتال بتروليم الأمريكية عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة شل وينتج الهولندية في ٨ أبريل عام ١٩٨١ (م ٢١)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة كونوكو وبلاسيه الأمريكيتين، وشركة هيسافويل الأسبانية في ٢٧ أغسطس عام ١٩٨١ (م ٢٢).



على أية حال. فإن العقود التي أبرمت في وقت لاحق لم تتضمن مثل هذا النوع من الشروط هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذه الشروط قد تم استبدال البنى منها بشروط تنس على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على نحو ما سنرى في البند التالي.

#### رابعاً: الشروط التي تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة:

تضمنت العديد من عقود البترول شروطاً تنس على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. بيد أنه يمكن أن نميز في داخل هذه الطائفة من العقود بين عدة أنواع:

١ - الشروط التي تنس على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وحده. ومن العقود التي تبنت هذا النوع من الشروط. العقود المبرمة بواسطة أندونيسيا، وفنزويلا ودول أمريكا اللاتينية الأخرى<sup>(١)</sup>.

وقد سارت في نفس الاتجاه العقود الثلاثة التي أبرمتها الشركة الوطنية الإيرانية للبترول مع الشركات الأمريكية واليابانية عام ١٩٧١. حيث أنها تضمنت شروطاً تنس على أن يكون العقد محكوماً ومفسراً طبقاً للقوانين الإيرانية. وما تجدر الإشارة إليه أنه في عام ١٩٧٢، تم تعديل العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية «أجيپ» عام ١٩٥٨. والعقد المبرم بين نفس الشركة المذكورة والكونسرتيوم عام ١٩٥٤. وتضمن كل منهما شرطاً يقضى بخضوع العقد الأسلى وملحقاته للقوانين الإيرانية<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر:

EL-KOSHERI (S.S.), le régime juridique ..., Op. Cit., P.306.

ولنطرح مع المزيد من التفصيل:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 101 etSS: AIT CHAALAL

(M.), Op. Cit., P. 126 etSS; HANDJANT (A.), Op. Cit., P.

38 etSS.

(٢) راجع في ذلك:

VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., P. 101-101

٢ - الشروط التي تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على بعض أوجه العقد، وتطبيق نظام قانوني آخر على الأوجه الأخرى. ونذكر في هذا الخصوص المادة (٤) من اتفاق التحكيم المبرم بين السعودية وشركة أرامكو في ٢٢ فبراير عام ١٩٥٥، والتي نصت على تطبيق القانون السعودي على المسائل التي تدخل في الاختصاص السعودي، وتطبيق القانون الذي تحدده محكمة التحكيم بالنسبة للمسائل الأخرى. ويمكن أن نذكر أيضاً المادة (٢٨) من العقد المبرم بين حكومة أثيوبيا والشركة الأمريكية Baruch - Foster في أغسطس عام ١٩٦٦، والتي نصت على أنه «يكون القانون الأثيوبي هو الواجب التطبيق في الأحوال التي ينس فيها العقد صراحة على ذلك؛ وفي غياب مثل هذا النص، يكون العقد معكوماً ومفسراً طبقاً للمبادئ المعترف بها عموماً في القانون الدولي»<sup>(١)</sup>.

٣ - الشروط التي تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بصفة أساسية، وتطبيق المبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية. ويمكن أن نذكر من ذلك المادة (٤٦) من العقد المبرم بين المؤسسة الجزائرية «سوناطراك» وشركة جي.تي. عام ١٩٦٨، والتي نصت على أن «تفصل محكمة التحكيم طبقاً لقواعد القانون، وذلك على أساس النصوص القانونية والدلالية والاتفاقية النافذة، كما يجوز لها اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية»<sup>(٢)</sup>.

٤ - الشروط التي تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بشرط عدم تعارض أحكام هذا القانون مع نصوص العقد. ولقد درجت عقود البترول المبرمة حديثاً بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية على تبني هذا النوع من الشروط. ويمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة

(١) راجع:

LALIVE (J-F.), Contrats entre ... Op. Cit., P. 75 et SS.

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 84.

(٢) راجع:

للبرول وشركة بي بي بتروليم الأمريكية في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧، فقد نصت المادة (٢٢) من هذا العقد على أنه «يطبق القانون المصري على النزاع». باستثناء أنه في حالة أي خلاف بين القوانين المصرية ونصوص هذا الاتفاق (بما في ذلك نص التحكيم) فإن نصوص هذه الاتفاقية هي التي تحكم» (١).

ويبدو لنا أن هذه الشروط تعد إعمالاً لنظرية القانون الذاتي للعقد. فهذه الشروط شأنها شأن تلك التي تنص على أن يحكم العقد النصوص الواردة فيه مادام أن قانون الدولة المتعاقدة لا تنطبق أحكامه إلا بالتقدير الذي لا تتعارض فيه مع نصوص العقد.

وبالإضافة إلى كل ما تقدم، فإن هناك شروطاً أخرى متفرقة يسبب إدراجها ضمن الطوائف السابق ذكرها، وذلك بسبب عدم دقة صياغتها وتناقضها. ومن هذه الشروط يمكن أن نذكر المادة (٤١) من العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبرول والمؤسسة الفرنسية «إيراب» في ١٣ ديسمبر عام ١٩٦٦، والتي نصت على أن «محكمة التحكيم أو المحكم الوحيد غير ملزم باحترام أية قاعدة قانونية معينة، بل يجوز له تأسيس حكم التحكيم على اعتبارات العدالة، ومبادئ القانون المعترف بها عموماً، وبصفة خاصة القانون الدولي». فهذا النص يمنح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف (أي سلطة التحكيم مع التفويض بالصلح)، كما أنه يعجز له تطبيق المبادئ العامة للقانون وكذلك القانون الدولي. كذلك أيضاً المادة (٧٥) من العقد المبرم بين ليبيريا

---

(١) ونظير على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبرول وشركة شل ويننج الهولندية في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ٠٠٠٠ وشركة أليك كوناك في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ٠٠٠٠ وشركة أوكو الأمريكية في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ٠٠٠٠ وشركة فيليبس بتروليم في ٢ أغسطس عام ١٩٨٧ (م ٢٢).

وشركة Frontier Liberia Oil في عام ١٩٧٥، والتي نصت على أن «يطبق المحكمون في المقام الأول قانون ليبيريا، ومع ذلك يجوز لهم اللجوء إلى مبادئ القانون المعترف بها عموماً. وكذلك اعتبارات العدالة»<sup>(١)</sup>. وكذلك أيضاً المادة (٢٥) من العقد المبرم بين شركة النفط العراقية والمؤسسة الفرنسية «أيراب» عام ١٩٦٨، والتي نصت على أن «تقوم محكمة التحكيم بالفصل في أصل القضية طبقاً لمبادئ العدالة وبالإستناد إلى المبادئ القانونية العامة المتعارف عليها».

نخلص ما تقدم إلى أن الممارسة التعاقدية لم تتخذ موقفاً موحداً بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على عقود البرول. بحيث يمكن أن يستخلص منها نتائج واضحة وثابتة في هذا الخصوص. فالشروط التعاقدية - على نحو ما رأينا - متنوعة ومتغيرة، كما أنها تتصف في بعض الأحيان بعدم الوضوح والدقة في الصياغة. بل والتناقض في أحيان أخرى.

### رأينا الخاص:

نرى من جانبنا أن القانون واجب التطبيق على عقود البترول هو القانون المختار صراحة من قبل الأطراف، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود بصفة عامة، والذي يعد اليوم مبدأ مسلماً به في مجال التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة، كما نرى ضرورة أن ينحصر دور إرادة الأطراف في اختيار قانون وطني معين سواء أكان القانون المختار هو قانون الدولة المتعاقدة أو أى قانون وطني آخر؛ حيث يبدو لنا أن هذا الحل يحقق الأمان القانوني الذي ينشده الأطراف.

فإذا كان من الصحيح أن الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وغالبية القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم تعطى للأطراف حرية مطلقة في هذا الخصوص، وأنها قد استخدمت تعبير «قواعد القانون» بدلاً من تعبير «القانون» مما يفيد أن للأطراف الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي لقانون وطني معين، مثل النص على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو مبادئ القانون الدولي أو المبادئ المشتركة في عدة أنظمة قانونية أو القانون التجاري الدولي، إلا أننا لا نؤيد الأخذ بمثل هذه الحلول. فإلى جانب الانتقادات التي وجهت إليها - على نحو ما رأينا - فإننا نرى أن إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو لعادات التجارة أو غيرها من الحلول المماثلة ليس إلا إعمالاً لنظرية العقد بدون قانون. وهذا يعنى في الحقيقة إخضاع النزاع للسلطة التقديرية للمحكمين، وهو ما قد يفضي في نهاية الأمر إلى التحكم والتعسف من جانبهم، بل وربما إلى حلول غير عادلة، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: إذا رخصنا للأطراف والمحكمين احتياطياً إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو لعادات التجارة أو لغيرها من الحلول المماثلة، فماذا تركنا للمحكم في التحكيم بموجب قواعد العدل والانصاف لكي يقتضى به في النزاع المطروح عليه؟ وكيف يمكن التفرقة بين التحكيم

بموجب قواعد القانون والتحكيم بموجب قواعد العدل والانصاف! وما هي الفائدة أصلا من وجود هذا النوع الأخير من التحكيم إذا كان المحكم في النوع الأول غير ملزم بأن يفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية في قانون وطني معين؟!

إن ما يميز التحكيم بموجب قواعد القانون عن التحكيم بموجب قواعد العدل والانصاف هو أن المحكم في النوع الأول يفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون. أي القواعد القانونية في القانون الوطني لدولة ما.

كما نرى أنه في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف، فإن على المحكمين تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وذلك إعمالا للمعايير المتبعة عادة في إطار القانون الدولي الخاص لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود بسفة عامة في حالة غياب قانون الإرادة.

فقانون الدولة المتعاقدة هو القانون الذي يرتبط به عقد التبرول برابطة أكثر وثاقة عن غيره من القوانين الأخرى. إذ أن هذا المقد غالبا ما يتم إبرامه على إقليم الدولة المتعاقدة، وينفذ في الجانب الأعظم منه على إقليم هذه الدولة. كما أن موضوعه هو استغلال مادة أولية تقع في إقليم هذه الدولة. ومن ثم يمكن القول بأن قانون الدولة المتعاقدة يعد في أن واحد قانون محل الإبرام والتنفيذ وموقع المال.

وهكذا نجد أن الأخذ بنظرية التولمين الموضوعي للعقد يفرض حتما وفي جميع الأحوال إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة<sup>(١)</sup>.

وقد أخذ بهذا الحل مجمع القانون الدولي في التوصية التي أصدرها

(١) انظر في نفس المعنى:

Mustapha (M.), Op. Cit., P. 98 et P. 107; Verhoëven (J.), Arbitrage entre États et entreprises étrangères: Des règles spécifiques, Rev. Arb., 1985, P. 619, No. 9.

د. أحمد عشور، المرجع السابق، ص ٦٢٥ - ٦٢٦: د. حفيظة السعد.

العقود التجارية بين الدول ..... المرجع السابق، ص ٥٠٧.

في دور انعقاده بأثينا في عام ١٩٧٩م. فقد نصت المادة الأولى من هذه التسمية على أن «تخضع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة. وفي حالة تخلف مثل هذا الاختيار تخضع للقواعد القانونية التي يرتبط بها العقد برابطة أكثر وثاقة».

كما نصت المادة الخامسة منها على أنه «في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف، فإن اختيار القانون واجب التطبيق على العقد يتم بناء على المؤشرات التي تسمح بالكشف عن الرابطة الأكثر وثاقة بالعقد». وبإعمال هذين النصين على عقود البترول، يمكن القول بأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق على العقد في حالة عدم وجود شرط صريح مخالف، باعتبار أنه قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة أكثر وثاقة.

وقد أخذت بهذا الحل اتفاقية البنك الدولي لعام ١٩٦٥. فقد نصت المادة (١٢) منها على أنه في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق «تطبق المحكمة قانون الدولة للطرف في النزاع - بما في ذلك قواعد تنازع القوانين - وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص». وإذا كان النص قد أشار إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي غير أنه من المتفق عليه أن القانون واجب التطبيق بصفة رئيسية هو قانون الدولة المتعاقدة، وأن المحكمة لا تلجأ إلى هذه المبادئ إلا من أجل تكملة هذا القانون أو تفسيره أو استيعاده إذا اتضح لها أن أحكام هذا القانون تتجاهل هذه المبادئ التي تعد حمايتها أمراً لازماً<sup>(١)</sup>.

(١) انظر:

Goldman (B.), Le droit applicable selon ..., Op. Cit., P. 151; Jonathan (G.), Op. Cit., P. 467; Roulet (J.), Op. Cit., PP 148 - 149.

د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٤٦٦. بند ٥١١. د. عصام الدين بيم، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

ومن الجدير بالذكر أن بعض أحكام التحكيم قد اعترفت بأن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق مخالف من قبل الأطراف<sup>(١)</sup>.

غير أن هذا الحل يواجه باعتراضاً أساسياً يتمثل في أنه يمكن الدولة من التحلل من التزاماتها التعاقدية بإرادتها المنفردة، وذلك من خلال ممارسة سلطتها في تعديل قانونها الداخلي واجب التطبيق على المقد. وهو ما أعرب عنه الفقه الناصر لتحويل هذه العقود، وكذلك بعض أحكام التحكيم على نحو ما رأينا :-

ويبدو لنا أن هذا الاعتراض غير مقبول، ذلك لأنه إذا كان من الصحيح أن سلطة الدولة في تعديل قانونها تشكل خطراً على ضرورة بقاء الأمان القانوني وتحقيق التوازن في الالتزامات المتبادلة للأطراف، فإن هذا الخطر يظل قائماً حتى عندما يكون القانون واجب التطبيق على المقد. غير قانون داخلي آخر، وبناءً عليه فإن استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة : يكفي لتفادي مشكلة المخاطر التشريعية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) راجع حكم التحكيم الصادر في قضية لبي طيس عام ١٩٥١، والحكم الصادر في قضية قطر عام ١٩٥٣، والحكم الصادر في قضية سافير عام ١٩٦٢، ص ٦٩٩، ص ٧٠٢، ص ٧٠١، من هذه الدولة، على التوالي.

(٢) في نفس المعنى انظر:

Verhoeven (J.), Arbitrage entre ..., Op. Cit., P. 620, N° 11.



### مقدمة

تناولت في هذه الدراسة العديد من الموضوعات المرتبطة بالتحكيم في عقود البترول، وقد حاولت - على قدر استطاعتي - أن أعرض بشيء من التفصيل لكل مسألة من المسائل القانونية التي يثيرها نظام التحكيم موضوع الدراسة، خصوصاً في مرحلة الاتفاق على اللجوء إليه، ومرحلة الإجراءات.

وقد استهلكت هذه الدراسة بباب تمهيدى خصصته للتعرف على عقود البترول، وبيان خصائصها، وقد قسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول. عرضت في الفصل الأول منه لأطراف هذه العقود، وقد بان لنا أن هذه العقود غالباً ما تبرم بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو إحدى شركاتها أو مؤسسات أو هيئاتها العامة، وإحدى الشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال. كما عرضت فيه للحل الذي ترد عليه هذه العقود وأهميته، وتبين لنا كيف كانت أهمية البترول ومحاولة السيطرة عليه من جانب الدول الكبرى وراء الكثير من الأحداث في منطقة الشرق الأوسط.

وعرضت في الفصل الثاني للأشكال التعاقدية التي تتخذها عقود البترول. مبيناً أن هذه العقود قد اتخذت في بداية الأمر شكل عقد الامتياز، ثم ظهرت إلى الوجود بعد ذلك أشكال تعاقدية جديدة كمعقد المشاركة، والمقولة، واقتسام الانتاج. وقد تناولت عقود الامتياز موضعاً أهم الخصائص التي كانت تتمتع بها، والظروف التي صاحبت إنشائها، وأهم التعديلات التي أدخلت عليها. ثم تناولت الأشكال التعاقدية الجديدة مبيناً الخصائص المميزة لكل منها. وتبين لنا كيف كانت عقود الامتياز في صورتها الأولى طامعة ومحقة للدول المنتجة، وأن الأشكال الجديدة قد استهدفت تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الدول المنتجة والشركات المتعاقدة معها.

وقد عرضت في الفصل الثالث لأهم الحقوق والالتزامات التي تنشؤها عقود البترول أيما كان الشكل الذي تفرغ فيه. كما عرضت كذلك لأهم

الشروط التي تتضمنها. وبصفة خاصة شروط الثبات وعدم العاس. مبينا موقف الفقه وأحكام التحكيم من هذه الشروط. من حيث قيمتها القانونية والآثار التي تترتب عليها. وانتهيت إلى أن مشكلة هذه الشروط لا تكمن في الاعتراف بصحتها بقدر ما تكمن في مدى فعاليتها. فهذه الشروط لا تحول دون ممارسة الدولة لسلطانها التشريعية. وامتيازاتها كسلطة عامة. وأن الطرف الآخر ليس أمامه من سبيل سوى الحصول على التعويض الملائم سواء بطريق التفاوض أو بطريق التحكيم.

وقد استبان لنا من خلال دراسة هذه المقود أن هناك اتجاها عاما يكاد يذود ظاهرة مشتركة هو الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها.

وقد تناولت المسائل القانونية التي يثيرها نظام التحكيم في بابين: الأول: خصسته لدراسة المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم. والثاني: خصسته لدراسة أهم مسألتين من المسائل التي تثور في مرحلة الاجراءات. مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وتلك المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

وقد قست الباب الأول - المخصص لاتفاق التحكيم - لأربعة فصول. عرضت في الفصل الأول لمائة تحديد نوعية التحكيم المتفق عليه بشأن عقود البترول. مبينا أنواع التحكيم المختلفة. وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد في عقود البترول هو الأخذ بنظام التحكيم الحر. أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة. ومع هذا فهناك حالات عديدة يتفق فيها الأطراف على الأخذ بنظام التحكيم المؤسسي.

كما خلست أيضا إلى أن القاعدة هي أن الأطراف يتفقون على الأخذ بنظام التحكيم طبقا لقواعد القانون. وإن كانت هناك حالات قليلة يتفق فيها الأطراف على الأخذ بالتحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف. وبعد بحث معيار دولية التحكيم انتهيت إلى أن التحكيم في عقود البترول يعد تحكيميا دوليا خاصا؛ نظرا لكون موضوعه تسوية نزاع ناشئ عن عقد ذي طابع

دولى سواء بالتطبيق للمعيار الاقتصادى أو المعيار القانونى على النحو المقرر فى القانون الدولى الخاص.

وقد بحثت فى الفصل الثانى العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول، وانتهيت من ذلك إلى أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به يعد مبدأ مسلماً به فى مجال التحكيم الدولى الخاص، نصت عليه التشريعات الوطنية الحديثة، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأقرته أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات ذات الطابع الدولى بما فى ذلك أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الناشئة عن عقود البترول، وبيئت أن هذا المبدأ يترتب عليه عدم تأثير اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء مادام أن اتفاق التحكيم صحيح فى ذاته، ولا يمس من ذلك سوى حالة واحدة فقط هى الحالة التى يكون فيها العقد منهدماً، ففي هذه الحالة لا يمكن القول باستقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثيره بما لحق العقد من انهدام. كما يترتب على هذا المبدأ أيضاً إمكانية اخضاع اتفاق التحكيم لقانون يختلف عن ذلك الذى يخضع له العقد الوارد فيه أو المتعلق به.

وقد تناولت فى الفصل الثالث - على نحو تفصيلي - مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه. وقد قسمته إلى بحثين: فعرضت فى البحث الأول لمسألة القانون واجب التطبيق مبنياً موقف الفقه والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية وأحكام التحكيم بشأنها. وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يتمثل فى الأخذ بقانون الإرادة فى المقام الأول، وقانون الدولة مقر التحكيم فى المقام الثانى.

وفى أثناء ذلك، عرضت لموقف القضاء الفرنسى الذى يقر صحة اتفاق التحكيم استقلالاً عن كل قانون وطنى، كما عرضت لموقف بعض أحكام التحكيم التى استندت فى تقرير صحة اتفاق التحكيم إلى إرادة الأطراف المشتركة، وعادات التجارة والبيادى العامة، دون الاستناد فى ذلك إلى قانون وطنى معين، ثم وجهت سهام النقد إلى هذا الاتجاه، مبينة مدى خطورته.

وقد عرضت في البحث الثاني لنطاق تطبيق هذا القانون، واستبان لنا أن هناك ثلاث مسائل تفلت من نطاق تطبيقه وهي: شكل اتفاق التحكيم، ومبدأ قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، وأهلية الأطراف في الاتفاق على التحكيم.

وقد تناولت مسألة شكل اتفاق التحكيم مبينا موقف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وتبين لنا أنه إذا كانت هذه الوثائق تشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، غير أنها لم تتطلب شكلا معينا في الكتابة المطلوبة بحيث يجوز إبرام اتفاق التحكيم في صورة اتفاق موقع عليه من الأطراف أو في صورة شرط وارد في العقد المتعلق به، أو في رسائل أو برقيات متبادلة بينهم، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة. ثم عرضت لمسألة القانون الذي يحكم شكل اتفاق التحكيم، وتبين لنا أن الاتجاه السائد يتمثل في إخضاع شكل الاتفاق لقانون الدولة محل الإبرام أو للقانون المختار من قبل الأطراف ليحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق، مع إعطاء الأولوية لهذا القانون الأخير. في حين أننا نفضل إخضاع شكل اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل الإبرام لاعتبارات عملية تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره؛ إذ أن القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم أو الدولة المطلوب فيها التنفيذ يأخذ في الغالب الأعم بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام.

كما تناولت مسألة قابلية النزاع للتحكيم، مبينا موقف الاتفاقيات الدولية، وخلصت من ذلك إلى أن لكل دولة حرية تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز بشأنها الاتفاق على التحكيم. وعرضت للقانون واجب التطبيق على هذه المسألة، واتضح لنا أنها تخضع لقانونين في آن واحد: القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم باعتبارها شرطا لصحة هذا الاتفاق، وقانون الدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم باعتبارها شرطا لصحة حكم التحكيم.

كما تناولت أيضا مسألة أهلية الاتفاق على التحكيم، فعرضت لأهلية

الأشخاص الخاصة للتحكيم. وتبين لنا أن الاتجاه السائد يأخذ بنفس القاعدة التي تخضع لها ألية التقاد بصفة عامة والتي تقضى بخضوع الألية للقانون الشخصى. ثم عرضت على - نحو تفصيلي - لسألة ألية الدولة والأجهزة التابعة لها فى الاتفاق على التحكيم. مبينا موقف العديد من الدول فى هذا الشأن، واتضح لنا عدم وجود موقف موحد فى هذا الصدد. فمنها ما يقرر ألية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم. ومنها ما يحظر ذلك. كما عرضت للحالة التي تتفق فيها الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها على الرغم من الحظر المفروض عليها فى قانونها الداخلى. مبينا الحلول التي اقترحها الفقه. وتلك التي أخذ بها القضاء الفرنسى. وكذلك أحكام التحكيم. وخلصت من ذلك إلى أنه على الرغم من خضوع ألية الدولة والأجهزة التابعة لها لقانونها الداخلى. إلا أنه أصبح من الأمور السترة أنه إذا اتفقت الدولة أو الجهاز التابع لها على اللجوء إلى التحكيم. فإنه لا يجوز لها بعد ذلك أن تتنسل من اتفاق التحكيم الذي أبرمته بدعوى أن قانونها الداخلى يحظر عليها الاتفاق على التحكيم.

وقد تعرضت فى الفصل الرابع لأثار اتفاق التحكيم. وقسمته إلى ثلاثة مباحث: تناولت فى البحث الأول الأثر الإيجابى لاتفاق التحكيم ألا وهو اختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع المتفق بشأنه على اللجوء إلى التحكيم. مبينا اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه. وانتهيت إلى أن اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه أصبح مبدأ مسلما به فى مجال التحكيم الدولى الخاص. نست عليه بعض الاتفاقيات الدولية. وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. ومعظم القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم. كما طبقت أحكام التحكيم الصادرة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة بها فى ذلك تلك الصادرة فى المنازعات الناشئة عن عقود البترول.

وتناولت فى البحث الثانى الأثر السلبى لاتفاق التحكيم. مبينا أن القاعدة هى عدم اختصاص القضاء الوطنى بنظر المنازعات التي اتفق بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. وأنه لا يشترط لإعمال هذه القاعدة سوى توافر

شرطين هما: أن يتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، وأن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقائما منتجا لآثاره. كما بينا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات. فهناك حالات معينة يتدخل فيها القضاء الوطنى سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم من أجل المساعدة فى تشكيل محكمة التحكيم. أو أثناء إجراءات التحكيم للمساعدة فى الحصول على الأدلة أو اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية.

كما تناولت فى البحث الثالث أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة. فعرضت لأثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية. وفرقت بين حالتين: الحالة التى تتمسك فيها الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكمين. والحالة التى تتمسك فيها بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى. وانتهيت إلى أن الاتجاه السائد يشل فى عدم جواز تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام المحاكمين؛ باعتبار أن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم يعد تنازلا منها عن الحصانة القضائية. فى حين ثار الخلاف فيما يتعلق بالتمسك بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى أثناء نظره بعض المسائل المتصلة بالتحكيم. وقد رجحت الرأى الذى يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى.

كما عرضت لأثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية. وخلصت من ذلك إلى أن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا أثر له على حصانتها التنفيذية. فالدولة تظل محتفظة بها على الرغم من اتفاقها على التحكيم. اللهم إلا إذا تنازلت عن هذه الحصانة صراحة أو ضمنا. وقد قدرنا أن قبول الدولة تطبيق قواعد تحكيم أو قانون وطنى يتضمن نفا بيجز للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطنى لاتخاذ الإجراءات التحفظية، أو نفا يتعهد الأطراف بمقتضاه بتنفيذ حكم التحكيم. يعد بمثابة تنازل ضمنى عن حصانتها التنفيذية. كذلك الأمر عندما يتضمن اتفاق التحكيم نفا بهذا المعنى.

وقد خصصت الباب الثانى لدراسة القانون واجب التطبيق على

اجراءات التحكيم، وموضوع النزاع، وقد قسمته إلى فصلين: تناولت في الفصل الأول مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. فرضت في البحث الأول للاتجاهات السائدة في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة عامة، مبينا موقف الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية، وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يستد في هذا الصدد باردة الأطراف في المقام الأول، مع الاعتراف للأطراف بحرية كبيرة بحيث يجوز لهم أن يصفوا بأنفسهم في اتفاق التحكيم القواعد الاجرائية واجبة الاتباع، أو أن يتفقوا على اتباع القواعد الاجرائية النافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة، أو أن يتفقوا على تطبيق قانون وطني معين ولو لم يكن له أدنى صلة بمناسر التحكيم أو موضوع النزاع، وأثناء ذلك عرضت لمدى استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، وتبين لنا وجود اتجاهين: أحدهما: ينادى بضرورة خضوع إجراءات التحكيم لقانون وطني معين، والآخر: ينادى بضرورة استقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطني، وفي داخل هذا الاتجاه الأخير ميزنا بين رأيين: الأول يرى خضوع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام، والثاني يرى خضوع إجراءات التحكيم لقواعد غير وطنية دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون وطني معين.

وعرضت في البحث الثاني لمدى انطباق هذه الاتجاهات على إجراءات التحكيم المتعلقة بمقود التبرول، مبينا موقف الممارسة التعاقدية وأحكام التحكيم، وتبين لنا فيما يتعلق بالممارسة التعاقدية أن الأطراف غالبا ما يكتفون بالنص على بعض القواعد الاجرائية الأساسية السائدة في مجال التحكيم، ثم بعد ذلك إما أن يتفقوا على تطبيق قانون وطني معين أو يفوضوا المحكمين في القيام بهذه المهمة. أما بالنسبة لأحكام التحكيم، فقد تبين لنا وجود اتجاهين: أحدهما يطبق قواعد القانون الدولي العام، والآخر يطبق قانون الدولة مقر التحكيم، ثم أعقبت ذلك كله برأينا الخاص ملنا فيه تأييد الاتجاه السائد في اعتداده في المقام الأول بإرادة الأطراف في تحديد

القانون أو القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم. ومبينا عدم قبول الاتجاه الذي يذهب إلى حد القول باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية واستنادها إلى إرادة الأطراف وحدها. وذلك الذي يرى خضوع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام، موضحا خطورة الأخذ بمثل هذا الاتجاه أو ذاك.

كما أعربت عن عدم تأييد الاتجاه السائد الذي يترك سلطة تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق للمحكّمين أنفسهم في حالة عدم وجود قواعد اجرائية مختارة من قبل الأطراف أو عدم كفايتها. وقد رت أن الحل الأفضل في هذه الحالة يتثل في إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم على نحو ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨؛ نظرا لأن هذا الحل يحقق الأمان القانوني المطلوب للأطراف والذي لا يتوافر في حالة ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمحكّمين.

وقد تناولت في الفصل الثاني مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث: فعرضت في المبحث الأول للاتجاهات السائدة في شأن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع بصفة عامة. وتبين لنا أن خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة يعد مبدأ مسلما به في مجال التحكيم الدولي الخاص. نصت عليه الاتفاقات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة النولية، والقوانين الوطنية الحديثة الصادرة بشأن التحكيم. وطبقته أحكام التحكيم. وقد رأينا أن هذا المبدأ ينطبق أيضا على العقود المبرمة بواسطة الدول والأجهزة التابعة لها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول.

ثم عرضت لدى سلطة المحكّمين في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة غياب قانون الإرادة. وتبين لنا من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والقوانين الوطنية الحديثة، أن هناك اتجاهين: أحدهما يلزم المحكّمين بتحديد القانون واجب التطبيق بواسطة قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة في القضية.



والآخر يعطى للمحكين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق دون التزامهم باللجوء إلى قاعدة تنازع قوانين معينة.

كما تبين لنا من دراسة العديد من أحكام التحكيم أن المحكمن يملكون - في التالب - إلى تطبيق قانون وطني معين على موضوع النزاع. متعين في تحديده إحدى طرق ثلاث: إما طريقة التحديد المباشر وذلك بتطبيق القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع دون الاستناد في ذلك إلى قاعدة تنازع قوانين في بلد معين. وإما طريقة التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع، وإما اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص. وقد رأينا أنه لا مانع من استخدام هذه الطرق لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع الناشء عن عقود البترول.

وتناولت في البحث الثاني للحلول الفقهية المقترحة بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول، وتبين لنا وجود اتجاهات ثلاث:

**الاتجاه الأول:** ويتشئل في اخضاع عقود البترول لقانون الدولة المتعاقدة. واستند أنصار هذا الاتجاه تارة إلى فكرة العقد الإداري، وتارة ثانية إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بسيادة الدول على ثرواتها الطبيعية، وإنشاء نظام اقتصادي دولي جديد. وتلك المتعلقة بحقوق وواجبات الدول الاقتصادية. وتارة ثالثة إلى وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، وقد عرضت لهذا الاتجاه وأسانيده المتنوعة، وانتهيت من ذلك إلى عدم صحة البعض منها، وعدم صلاحية البعض الآخر، كأساس لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

**أما الاتجاه الثاني:** فيتشئل في اخضاع العقد للقانون الدولي العام، واستند أنصار هذا الاتجاه تارة إلى قواعد القانون الدولي الخاص. وتارة ثانية إلى تشبيه العقد بالمعاهدة المبرمة بين الدول، وتارة أخيرة إلى اعتبار العقد تصرفاً قانونياً دولياً من نوع جديد. وقد عرضت لهذا الاتجاه وأسانيده، وانتهيت إلى عدم صحة البعض منها وعدم صلاحية البعض الآخر كأساس لتطبيق القانون الدولي على هذا النوع من العقود.

وبالنسبة للاتجاه الثالث: فيتشل في إخضاع هذا النوع من العقود لنظام قانوني ثالث، بيد أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول تحديد المقصود بهذا النظام. فقد ذهب رأي منهم إلى القول بفكرة القانون الثاني للمقد. وذهب رأي ثان إلى إخضاع المقد لقانون غير الدول. وذهب رأي ثالث إلى إخضاع المقد للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتقدمة. وذهب رأي أخير إلى إخضاع المقد للقانون التجاري الدولي. وقد عرضت لهذه الآراء والانتقادات التي وجهت إليها، وانتهينا من ذلك كله إلى عدم وجود اتجاه قهني ثابت وموحد بشأن القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

وقد عرضت في البحث الثالث لوقب أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة بين الدول المنتجة أو الأجهزة العامة التابعة لها والشركات الأجنبية بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم، مبينا الحلول التي أخذ بها كل حكم من هذه الأحكام والأسس التي استند إليها، والانتقادات التي وجهت إليه، وخلصت من ذلك كله إلى عدم وجود اتجاه واضح وثابت بشأن القانون الذي يحكم هذه العقود.

كما عرضت أيضاً للممارسة التعاقدية، مبينا تنوع الحلول التي نرس عليها الأطراف في عقود البترول واختلافها، وعدم الدقة في صياغة الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق، وغموض البعض منها، واختلاف الفقه وكذلك المحكمين في تفسيرها.

ثم أعقبت ذلك كله برأينا الخاص مؤكدا فيه على خضوع عقود البترول في المقام الأول للقانون المختار بواسطة الأطراف أنفسهم، على أن ينصب هذا الاختيار على قانون وطني معين سواء أكان القانون المختار هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها أو أي قانون وطني آخر، مبينا المخاطر التي قد تنجم عن اتفاق الأطراف على الأخذ بأي من الحلول التي اقترحها الفقه مثل النص على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو قانون غير الدول أو القانون التجاري الدولي. إذ أن هذه الحلول ستفضي في نهاية الأمر إلى

اخضاع النزاع للسلطة التقديرية للمحكمين، كما أكدت أيضا على أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، تعين على المحكمين تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إعمالا لقواعد القانون الدولي الخاص التي تنضى إلى تطبيق قانون الدولة الأكثر اتصالا بالمقد. على نحو ما رأينا.

وأخيرا نود أن نطرح على أطراف هذه المقود بعض التوصيات التي ربما لو حرصوا على اتباعها لكان التحكيم وسيلة فعالة وعادلة في تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم. ومن هذه التوصيات. يمكن أن نذكر:

١ - بذل أقصى درجات العناية والحرس في اعداد شرط التحكيم ومياعته، ذلك أن وجود بعض النقص والثغرات في مضمون شرط التحكيم وعدم الدقة في مياعته يسمح من ناحية للطرف الذي لا يرغب في التحكيم باتباع أساليب التسوية والماطلة مما يجعل من التحكيم وسيلة غير فعالة في حل النزاع، ومن ناحية أخرى يفتح الباب أمام المحكمين للوصول إلى نتائج ربما تكون غير عادلة.

٢ - تحديد نوع التحكيم، وخموسا ما إذا كان سيتم اللجوء إلى نظام التحكيم الحر أو نظام التحكيم المؤسسي. وإذا كان لدى الأطراف النية في الأخذ بنظام التحكيم المؤسسي فيجب عليهم أن يكونوا على دراية كافية بقواعد التحكيم المعمول بها لدى المركز أو الهيئة التي يتفق على أن يجري التحكيم تحت رعايتها، ولعل ذلك كان دافعا لأن أعرض بقدر المستطاع لموقف قواعد التحكيم النافذة لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة الكبرى في كل مسألة من المسائل التي عرضنا لها.

٣ - يجب على الأطراف حسن اختيار المحكمين، بحيث تتوافر لدى المحكم المختار الكفاءة والخبرة والأهم من ذلك كله الاستقامة والحيادة. نظرا لما رأيناه بلوال هذه الدراسة من تصف وتحكم من جانب بعض المحكمين في العلول التي انتهوا إليها في المنازعات التي فصلوا فيها.

٤ - أن يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق على اتفاق

التحكيم والذي يحكم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة هذا الاتفاق. حتى يلتزم المحكم أو القاضى - حسب الأحوال - بتطبيقه عند نظره أى منها للمنازعة فى وجود أو صحة هذا الاتفاق، خصوصا بعد أن رأينا أن بعض أحكام التحكيم قد استندت إلى إرادة الأطراف وحدها أو عادات التجارة والمبادئ العامة للقانون لتقرير صحة اتفاق التحكيم دون الأخذ فى الاعتبار أى قانون وطنى معين.

٥ - أن يحرص الأطراف على أن تتوافر فى اتفاق التحكيم الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم، أو قانون الدولة محل الإبرام وخصوصا الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون الأخير. بعد أن رأينا أن القانون الدولى الخاص فى الدولة مقر التحكيم أو المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم ينس فى الغالب على الأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام.

٦ - أن يتفق الأطراف على المكان الذى يجب أن يتم فيه التحكيم حتى لا يترك تحديد هذا المكان لاختيار المحكمين، على أن يتم اختيار مكان التحكيم بعناية شديدة نظرا لأهمية النتائج التى تترتب على هذا الاختيار. إذ أن قانون هذه الدولة هو الذى يحكم اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته فى حالة غياب قانون الإرادة. كما أن هذا القانون هو الذى يحكم إجراءات التحكيم بما فى ذلك تشكيل محكمة التحكيم فى حالة عدم وجود قواعد مختارة من قبل الأطراف طبقا لاتفاقية نيويورك عام ١٩٥٠. هذا بالإضافة إلى أن المحاكم القضائية فى الدولة مقر التحكيم هى التى تتدخل لتظر بعض المسائل المتصلة بالتحكيم على نحو ما رأينا. كما أنها تختص بنظر الطعن فى حكم التحكيم بعد صدوره. ولعل ذلك كان دافعا لأن أعرض أثناء هذه الدراسة لموقف بعض القوانين الوطنية فى الدول التى يحتمل أن تكون محل اختيار من قبل الأطراف كمقر للتحكيم مثل سويسرا وفرنسا.

٧ - أن يتفق الأطراف صراحة على القانون واجب التطبيق على

اجراءات التحكيم حتى يكون النظام الاجرائى للتحكيم معروفا منذ البداية .  
فإذا لم يبين الأطراف القانون الذى يحكم أجراءات التحكيم. كان للمحكمين سلطة تحديد هذا القانون. وقد رأينا فيما سبق كيف تصف بعض المحكمين فى استخدام هذه السلطة.

٨ - أن يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون وطنى معين ليحكم موضوع النزاع. بعبارة واضحة ودقيقة بحيث لا تحتل أى تأويل. سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المتعاقدة أو أى قانون وطنى آخر. وذلك بدلا من ترك هذه المسألة للتصف أو التحكم من قبل المحكمين.

٩ - أخيرا على الدولة المتعاقدة والأجهزة التابعة لها أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية. خصوصا فيما يتعلق بشرط التحكيم. وألا تتبع أساليب التسويف والباطلة بأن تدعى عدم صحة اتفاق التحكيم إستنادا إلى عدم ألفتيتها فى الاتفاق على اللجوء إليه. أو أن تدفع بالحصانة القضائية أمام المحكمين أو القضاء الوطنى أثناء نظره لبعض المسائل المتصلة بالتحكيم. إذ يبدو لنا أن هذه الأساليب تفقد الدولة مصداقيتها فى تعاملها مع الشركات الأجنبية المستثمرة. وعلى المنين بإبرام هذه العقود مراعاة الاجراءات والأشكال التى يوجب القانون الداخلى اتباعها عند إبرام هذه العقود. وأن يكون فريق المفاوضين على قدر كبير من الخبرة والكفاءة لإبرامها. وأن يستعينوا برجل القانون المتخصص عند تحرير شرط التحكيم.

هذا وبالله التوفيق. وعليه قصد السبيل. فإن كنت قد أحببت فمن الله. وإن كنت قد أخطأت فمن نفسى.

”ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين“ .

”وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين“



## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب:

#### ١ - كتب باللغة العربية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم:
- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، عام ١٩٩٧.
- القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩١ - ١٩٩٢.
- القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي والأثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. إبراهيم الصائغ:
- اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٧٢.
- د. أبو زيد رضوان:
- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١.
- د. أحمد أبو الوفا:
- التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨.
- د. أحمد عبد الحميد عشوش:
- النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
- د. أحمد عبدالكريم سلامة:
- نظرية العقد الدولي المطلق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- د. أحمد محمد رفعت:
- القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. ثروت بدوي:
- النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.

- د. ثروت حبيب:
- دراسة فى قانون التجارة الدولية «مع الإهتمام بالبيوع الدولية»، دار النهضة العربية. الطبعة الرابعة، ١٩٧٤.
- د. حسن عطية الله:
- سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية. دراسة فى القانون الدولي للتنمية الاقتصادية. دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
- د. حَفِيظَةُ السَّيِّدُ الحُدَّاد:
- العقود البرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. تحديد ماهيتها والنظام القانونى الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم. دار الفكر الجامعى بالإسكندرية. بدون تاريخ نشر.
- مدى إختصاص القضاء الوطنى باتخاذ الإجراءات الوقتية والتنظيمية فى المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم. دار الفكر الجامعى بالإسكندرية، ١٩٩٦.
- الموجز فى القانون القنائى الخاص الدولي. دار الفكر الجامعى بالإسكندرية. بدون تاريخ نشر.
- د. خلاف عبد الجابر خلاف:
- إحتكار أجهزة النفط التنظيمية والأزمة الراهنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.
- د. راشد البراوى:
- ثورة البترول فى أفريقيا، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- د. سامية راشد:
- التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة. الكتاب الأول. اتفاق التحكيم. دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
- التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصرى. منشأة المطارف بالإسكندرية، ١٩٨٦.
- دور التحكيم فى تدويل العقود. دار النهضة العربية، ١٩٩٠.



- د. سعد علام:
- موسوعة التشريعات البترولية للدول العربية. منطقة الخليج، الدوحة - قطر. الطبعة الأولى. ١٩٧٨.
- د. سليمان محمد الطماوي:
- الأسس العامة للفقود الإدارية. دراسة مقارنة. دار الفكر العربي. الطبعة الخامسة. ١٩٩١.
- مبادئ القانون الإداري. دراسة مقارنة. الكتاب الثاني. نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة. دار الفكر العربي. ١٩٧٩.
- د. عبدالباري أحمد عبدالباري:
- النظام القانوني لعمليات البترول. الطبعة الأولى. ١٤٠٨ هجرية. بدون دار نشر.
- د. عبدالحمد الأحمد:
- النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية. مؤسسة نوفل. الطبعة الأولى. ١٩٨٢.
- د. عبدالفتاح عبدالباق:
- نظرية المقدر والإرادة المنفردة. ١٩٨٤. بدون دار نشر.
- د. عز الدين عبدالله:
- القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. الهيئة المصرية العامة للكتاب. الطبعة التاسعة. ١٩٨٦.
- د. عصام الدين القصبي:
- خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار. دار النهضة العربية. ١٩٩٣.
- د. عصام الدين يسيم:
- النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو. دار النهضة العربية. ١٩٧٢.

- د. عوض الله شعبة الحمد المرأى:
- عقود المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة. دراسة تطبيقية على العقود المصرية والأجنبية في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجارى الدولي. دار النهضة العربية. ١٩٩٣.
- د. فتحى والى:
- الوسيط فى قانون القضاء المدنى. الطبعة الثانية. ١٩٨١.
- د. فؤاد عبدالتنم رياض. د. سامية راشد:
- الوجيز فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى. دار النهضة العربية. ١٩٨١.
- الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى. دار النهضة العربية. ١٩٩٢.
- د. فوزى محمد سامى:
- التحكيم التجارى الدولى. دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجارى الدولى كما جاءت فى التواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية. مع إشارة إلى أحكام التحكيم فى التشريعات العربية. جامعة عمان الأهلية. ١٩٩٢.
- د. فيليب جيوب:
- قانون عبر الدول: القانون الدولى فى أبعاد جديدة. ترجمة د. إبراهيم شحاته. الهيئة المصرية العامة للكتاب. ١٩٩٦.
- د. محسن شفيق:
- التحكيم التجارى الدولى. محاضرات أقيمت على طلبه دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. ١٩٧٢ - ١٩٧٤.
- د. محمد طلعت النجيمى:
- الوسيط فى قانون السلام. القانون الدولى العام أو قانون الأمم فى زمن السلم. منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٨٢.

- د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب:  
- اتفاقيات وعقود البترول في البلاد العربية. الجزء الأول، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، ١٩٦٩.
- د. محمد نور شعاته:  
- النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين - نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- د. محمود حلمي:  
- العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧.
- د. محمود محمد حافظ:  
- نظرية المرفق العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٦٤، بدون دار نشر.
- د. محمود محمد هاشم:  
- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول: اتفاق التحكيم (دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين)، دار الفكر العربي، ١٩٩٠.
- د. مختار أحمد بريري:  
- التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري تجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. مصطفى خليل:  
- تطور السراع نحو السيطرة على البترول العالمي، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٠.
- د. ناريان عبدالقادر:  
- اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.

- د. هشام على صادق:
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.
  - تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢.
  - النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧.
- يوسف عبدالهادي الاكيابي:
- النظام القانوني لمقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، ١٩٨٩، بدون ناشر.
- ٢ - كتب باللغة الفرنسية:

BARTIN (E.):

- Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence Françaises, Paris, 1930.

BÉGUIN (Jacques):

- L'Arbitrage commercial international, Les éditions Jean Blais inc, 1987.

BERNARD (Alfred):

- L'Arbitrage volontaire en droit Privé, L.G.D., Paris, 1937.

BENCHIKH (Madjid):

- Les instruments juridiques de la politique Algérienne des Hydrocarbures, L.G.D.J., Paris, 1973.

BOISSESON (Matthieu de):

- Le droit Français de l'arbitrage interne et international, Joly, 1991.

CARABIBER (Charl):

- L'Arbitrage international de droit Privé, L.G.D.J., Paris, 1960.

DAVID (René):

- L'Arbitrage dans le commerce international, éconómica, Paris, 1982.

EL-AHDAB (Abdul Hamid):

- L'Arbitrage dans les pays arabes, éconómica, Paris, 1988.

EL-SAYED (M.), L'organisation des Pays exportateurs de Pétrole, Paris, L.G.D.J., 1967.

FOUCHARD (Philippe):

- L'Arbitrage Commercial international, Dalloz, Paris, 1965.

FOUSTOUCCOS (Angelos C.):

- L'Arbitrage interne et international en droit privé Hellenique, librairie techniques, Paris, 1976.

HUYS (Marcel) et KEUTGEN (Guy):

- L'Arbitrage en droit Belge et international, Bruylant, Bruxelles, 1981.

KASSIS (Antoine):

- Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J., Paris, 1984.

KLEIN (Frédéric - Edouard):

- Considérations sur l'arbitrage en droit international Privé, Bâle, 1955.

LALIVE (P.), POUDRET (J.F.) et REYMOND (C.):

- Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, payot, Lausanne, 1989.

LEBOULANGER (Philippe):

- Les contrats entre États et entreprises étrangères, économique, 1985.

LOQUIN (Eric):

- L'Amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, librairies techniques, 1980.

LOUSSOUARN (Yvon) et BREDIN (Jean - Denis):

- Droit du commerce international, Sirey, 1969.

MOTULSKY (Henri):

- Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974.

- NIBOYET (J.P.):

- Traité de droit international privé Français, Tome VI, le conflit des juridictions, Sirey, 1950.

RIDEAU (Joel):

- L'Arbitrage international (public et commercial), librairie Armand colin, Paris, 1969.

ROBERT (Jean):

- L'Arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 1983, 6<sup>e</sup> édition, 1993.

ثانياً: الرسائل:

١ - رسائل باللغة العربية:

د. عبدالرحيم محمد سعيد:

- النظام القانوني لمعقد البترول. رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

- د. علي رمضان علي بركات:
- خصوصية التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦.
- د. محمد محبوب عبدالمجيد درويش:
- نشأة وتطور قانون التجارة الدولي «دراسة تاريخية»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦.
- د. هشام محمد أحمد خالد:
- عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه، وطرق تسوية المنازعات التي تثار بشأنه، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦.
- ٢ - وسائل باللغة الفرنسية:

AIT CHAALAL (Mohamed Said):

- Pays producteurs de pétrole compagnies internationales, Thèse, Lausanne, 1977.

BERLIN (Dominique):

- Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États, Thèse, Paris I, 1981.

BETTEMES (Denis):

- Les contrats entre États et personnes privées étrangères, Droit applicable et responsabilité internationale, Thèse, Lausanne, 1988.

CHAMY (Edouard):

- L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes, Thèse, Paris I, 1985.

EL-GOHARY (Mohammed Fahmy):

- L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme, «Le teleologie et la philosophie de l'arbitrage», Thèse, Rennes, 1982.

EL-KOSHERI (Ahmed Sadek):

- La notion de contrat international, Thèse Rennes, 1962.

HANDJANT (Ali):

- Les arbitrages entre les États et les sociétés pétrolières, mémoire pour le Diplôme d'Études supérieures de droit public, Paris I, 1975.

HASSAN (Ashraf, Wafa, Mohamed):

- Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, Thèse, Bourgogne, 1997.

IBRAHIM (Youssef, Ali):

- Contrats internationaux d'État et responsabilité contractuelle au regard du droit international public, Thèse, Nice, 1985.

LEDUCQ (Xavier):

- Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une entreprise privée étrangère, Thèse, Rouen, 1981.

MUSTAPHA (Mohamed):

- Les aspects juridiques des rapports entre États producteurs de pétrole et compagnies pétrolières étrangères, Thèse, Paris II, 1971.

RUBELLIN - DÉVICH (Jacqueline):

- Essai sur la Nature de l'arbitrage, Thèse, Lyon, 1964.



VERGOPOULOS - MICHAÏL (Alexandre):

- Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux, Thèse, Paris II, 1978.

ZAHl (Amor):

- L'État et l'arbitrage, étude comparée principalement du droit des États Arabes, Thèse, Obleans, 1979.

### ثالثا: المقالات:

#### ١ - مقالات باللغة العربية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم:
  - تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد ٢٧، ١٩٨١، ص ١.
  - دولة التحكيم في القانون المصري مقارنا بالاتجاهات القانونية المعاصرة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثامن للتحكيم التجاري الدولي الذي عقد بفندق هيلتون ريسيس في ١٩٩٥/٧/١.
- د. أحمد الخريجي:
  - اشتراك الدولة في إدارة الامتياز البترولي، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس - بغداد، ١٩٦٧.
- د. أحمد شرف الدين:
  - التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد (مميّز التمييز وأهميته) بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذي عقد في شيراتون القاهرة في الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، وكذلك مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.
- د. أحمد صادق الشيرى:
  - الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١ عام ١٩٩٥، ص ٦٢.

د. أحمد قسّم الجداوى:

- تنازع القوانين فى شأن قابلية النزاع للتحكيم. بحث مقدم إلى المؤتمر الذى عقد فى شيراتون بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤. وكذلك مؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

د. أكثم الخولى:

- الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد. مؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤. وكذلك مؤتمر التحكيم الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ١٧ مارس ١٩٩٥.

د. ثروت بدوى:

- المعيار المميز للمقد الإدارى. مجلة القانون والإقتصاد. السنة ٢٧ - المجلد الأول والثانى - مارس ويونيه ١٩٥٧. ص ١١٥.

د. سعد علام:

- شرط التحكيم فى اتفاقيات البترول بالبلاد العربية بين الإبقاء والإلغاء. بحث مقدم للمؤتمر السابع لاتحاد المحامين العرب، بغداد. ديسمبر عام ١٩٦٤.

- نحو استثمار الدولة لبترولها بنفسها. مؤتمر البترول العربى السادس. بغداد. ١٩٦٧.

- تطور التشريعات والاتفاقيات البترولية المصرية. مجلة البترول - المجلد ٢٢ - العدد الرابع، إبريل ١٩٨٦. ص ٢٧.

د. سمير الشرقاوى:

- مفهوم الدولية والتجارية وفقا للقانون المصرى الجديد للتحكيم. مؤتمر التحكيم الذى عقد فى شيراتون بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤. ومؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

د. عبدالباري أحمد عبدالباري:

دور منظمة الدول المصدرة للبترول في حماية مصالح الدول الأعضاء فيها،  
مجلة الاقتصاد والإدارة التي تصدر عن مركز البحوث والتنمية بكلية  
الاقتصاد والإدارة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الثاني، محرم  
١٣٩٦ هجرية، ص ٤٥.

د. عز الدين عبدالله:

- تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة  
مصر المعاصرة، العدد ٣٧١، سنة ١٩٧٩، ص ٥.

د. عمام الدين القيسي:

- النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي  
الاتفاقي والقانون المقارن، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للتحكيم  
التجاري الدولي والذي عقد منسق ميلتون رسيس في ١٩٩٥/٧/١.

د. محمد أحمد السنوري:

- نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم إلى مؤتمر تحكيم  
الشرق الأوسط الذي انعقد بالقاهرة في يناير ١٩٨٩.

د. محمد طلعت النيس:

- شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق - السنة العاشرة -  
العدد الأول والثاني، ١٩٦٠/١٩٦١، ص ٥.

- تغير الأوضاع وعقد الإمتياز البترولي، مؤتمر البترول العربي السادس،  
بغداد، ١٩٦٧.

د. محمد يوسف علوان:

- الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية، مجلة نقابة المحامين  
الأردنية، العدد الحادي عشر والثاني عشر، السنة ٢٤، سنة ١٩٧٦،  
ص ١٧٩٥.

أ. نبيل أحمد سعيد:

- الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كمقد إداري، مؤتمر البترول  
العربي الخامس، القاهرة، مارس ١٩٦٥.

٢ - مقالات باللغة الفرنسية:

AUDIT (Bernard):

- L'arbitrage transnational et les contrats d'État; Academie de droit international de la Haye, centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, 1987, P. 23.

BASTID (Suzanne):

- Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'ARAMCO, A.F.D.I.; 1961, P. 300.
- L'arbitrage international, J.-CL, Dr. Int., fasc., 245 etSS.

BATIFFOL (Henri):

- L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb. 1957, P. 110.
- La sentence Aramco et le droit international privé, Rev. Crit., 1964, 647.

BELLET (Pierre) et MEZGER (Ernst):

- L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile, Rev. crit. 1981, P. 611.

BERTIN (Philippe):

- L'intervention des juridictions au cours de la procedure arbitrale, Rev. Arb. 1982, P. 331.

BOGOUSLAVSKY:

- L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, colloque unidroit, Rome. 1976, P. 307.

BOISSESON (Matthieu de):

- Interrogations et doutes sur une évolution législative: L'article 9 de la loi du 19 Août 1986, Rev. Arb. 1987, P. 3.

**BOURDIN (Rene):**

- La convention d'arbitrage international en droit Français depuis le décret du 12 Mai 1981, D.P.A.I., P. 11.

**BOUREL (Pierre):**

- Arbitrage international et immunités des États étrangers. À Propos d'une Jurisprudence récente., Rev. Arb., 1982., P. 119.

**BRUNS (R.) et MOTULSKY (H.):**

- Tendances et perspectives de l'arbitrage international, R.I.D.C., 1957, P. 717.

**BUDIN (Roger):**

- La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international, Rev. Arb., 1988, P. 51.

**BURDEAU (Genevieve):**

- Droit international et contrats d'État. la sentence Aminoil C. Kouit du 24 Mars 1982. A.F.D.I., 1982, P. 454.

**CAPATINA (Octavian):**

- L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire internationale, clunet, 1984, P. 549.

**C'ARABIBER (Charl):**

- Arbitrage international entre gouvernements et particuliers, Recueil des cours, 1950, P. 221.
- Le concept des immunités de juridiction doit - il être révisé et dans quel sens? clunet, 1952, P. 440.
- Chronique sur un arrêt. Rev. Arb., 1966, P. 93.

- L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des États et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé, Rev. Arb. 1967, P. 49.

COHEN (Daniel):

- La soumission de l'arbitrage international à la loi Française, Commentaire de l'article 1495 NCPC; Rev. Arb. 1991, P. 155.

COUCHEZ (Gerard):

- Référé et arbitrage, Rev. Arb., 1986, P. 155.

CRAWFORD (J.):

- Les États et L'exécution des sentences arbitrales dans les droits Américain et Anglais, Rev. Arb. 1985, P. 689.

CREMADES (B.):

- L'Espagne étrenne une nouvelle loi sur l'arbitrage, Rev. Arb., 1989, P. 189.
- D'ario moura vicente: L'évolution récente du droit de l'arbitrage au Portugal, Rev. Arb., 1991, P. 434.

DAVID (Nicolas):

- Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers, question d'une praticien, clunet, 1986. P. 79.

DEHAUSSY (J.):

- Arbitrage (droit international public), Dalloz, répertoire de droit international, tome I, 1968, P. 134.

DELAUME (Georges. R.):

- Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, R.B.D.I., 1968, P. 336.

- Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), clunet 1982, P. 775.
- L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, clunet 1984, P. 521.
- Le CIRDI et L'immunité des États, Rev. Arb. 1983, P. 143.

DERAINS (Yves):

- L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, Rev. Arb., 1972, P. 99.
- Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb. 1973, P. 122.
- L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev. Arb. 1986, P. 375.
- Détermination de la lex contractus, Les Dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 1986, P. 7.
- Sources et domaine d'application du droit Français de l'arbitrage international, Droit et pratique de l'arbitrage international en France, FEDUCI, Paris, 1984, P. 1.

DEVAUX - CHARBONNEL (Jean):

L'accord pétrolier Franco - iranien conclu le 27 Août 1966 entre la société National iranienne des pétroles (S.N.P.) et le groupe de l'entreprise de recherches et d'activités pétrolières (E.R.A.P.), A.F.D.I., 1966, P. 798.

DROUILLAT (Rene):

- L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence), Rev. Arb. 1980, P. 253.

**EISEMANN (Frederic):**

- La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev. Arb., 1975, P. 279.

**ELIAN (George):**

- Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, recueil des cours, 1976, P. 1.

**EL - AHDAB (Abdul Hamid):**

- La nouvelle loi sur l'arbitrage de l'État des Émirats arabes unis, Rev. Arb. 1993, P. 229.
- L'arbitrage en arabie saoudite sous le régime de La nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985. Rev. Arb., 1986, P. 541.

**EL - KOSHERI (Ahmed Sadek):**

- Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, Recueil des cours, 1975, P. 219.
- Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation, le contrat économique international, travaux des VII<sup>es</sup> Journées d'études juridiques, Jean Dabin, Paris, pédone 1975, P. 285

**FEUER (Guy):**

- Les Nations unies et le nouvel ordre juridique économique international, clunet 1977, P. 606.

**FLAMME:**

- L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1966, P. 85.



FORSSIUS (G.):

- L'indépendance de la clause compromissoire en droit Suedois.  
Rev. Arb., 1955, P. 16.

FOUCHARD (Philippe):

- L'autonomie de l'arbitrage commercial international, Rev. Arb.  
1965, P. 99.
- Quand un arbitrage est - il international?, Rev. Arb. 1970,  
P. 59.

L'arbitrage ELF - Aquitaine iran. C/National Iranian oil  
company; une nouvelle contribution au droit international de  
l'arbitrage, Rev. Arb., 1984, P. 333.

La coopération du président du tribunal de grande instance à  
l'arbitrage, Rev. Arb., 1985, P. 5.

- La loi - type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial  
international, clunet 1987, P. 861.
- L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai  
1981, clunet 1982, P. 374.
- Le règlement d'arbitrage, clunet 1979, P. 816.

Les usages, L'arbitre et le juge. À propos de quelques récents  
arrêts Français. le droit des relations économiques  
internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris,  
litec, 1982, P. 67.

- Arbitrage commercial international. J.-Cl. droit international.  
fasc 585-1. Procédure Civil, Fasc 1050.
- L'État face aux usages du commerce international, T.C.F.D.I.P.,  
1973 - 1975, P. 71.

FOUSSARD (Dominique):

- L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb., 1990, P. 3.

FOUSTOUCOS (Anghelos C.):

L'arbitrage international en Grèce. Rev. Arb. 1987, P. 23.

FRAGISTAS (Ch. N.):

- Arbitrage étranger et Arbitrage international en droit privé,  
Rev. Crit. 1960, P. 1.

FRANESKAKIS (Ph.):

- Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord  
compromissaire après L'arrêt Hecht de la cour de cassation,  
Rev. Arb., 1974, P. 67.

GAILLARD (Emmanuel):

- Arbitrage commercial international, J.-CL. Dr.Int, fasc  
586-8-1, proce. Civ, fasc 1068-1.

GIULIANO (Mario):

- La loi applicable aux contrats; problèmes Choisis, Recueil des  
cours. 1977, P. 193.

GOLDMAN (Berthold):

- La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage  
international, Rev. Arb. 1981, P. 469.
- Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé,  
Recueil des cours, 1963, P. 349.
- Une Bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'Affaire  
Norsolor, Rev. Arb. 1983, P. 379.
- Frontières du droit et «Lex mercatoria», Archives de  
philosophie du droit, 1964, P. 177.
- La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage  
internationaux. Réalité et perspectives, clunet. 1979, P. 475.

- Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 19 Mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, L'ouvrage collective dans l'investissements étrangers et l'arbitrage entre États et personnes privées, Paris, pédone, 1969, P. 133.
- Règles de conflit, Règles d'application immédiate et Règles matérielles dans L'arbitrage commercial international, travaux du comité Français de droit international privé, 1966 - 1969, Dalloz, 1970, P. 119.
- Arbitrage (droit international privé), Dalloz, Répertoire de droit international, P. 111.
- Arbitrage commercial international, J.-Cl, droit international, Fasc 586-1, Procédure civile, Fasc. 1054.

HOLTZMANN (H. M.):

- L'arbitrage et les tribunaux: Des associés dans un système de justice internationale, Rev. Arb., 1978, P. 253.

ISSAD (Mohamd):

- L'arbitrage en Algérie, Rev. Arb. 1977, P. 223.
- Le décret législatif Algérien du 23 Avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Rev. Arb. 1993, P. 377.

JACQUET (Jean - Michel):

- L'État, opérateur du commerce international, clunet 1989, P. 621.

JARVIN (Sigvard):

- La loi - Type de la C.N.U.D.C.I., sur l'arbitrage commercial international, Rev. Arb. 1986, P. 509.

JIMENEZ DE ARECHAGA (E.):

- L'arbitrage entre les États et les sociétés privées étrangères.  
Mélanges en l'Honneur de Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1961.  
P. 467.

JOLY (Françoise):

- Le règlement d'arbitrage international de l'Association  
Américaine d'Arbitrage. Rev. Arb. 1993, P. 401.

JONATHAN (Gerard Cohen):

- L'arbitrage texaco - calasiatic contre gouvernement libyen  
(sentence au fond du 19 Janvier 1977), A.F.D.I., 1977, P.  
452.

KAHN (Philippe):

- Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage,  
Colloque juridique international, 1968, P. 179.
- Contrats d'État et Nationalisation. Les apports de la sentence  
arbitrale du 24 Mars clunet 1982, P. 844.
- Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux:  
L'expérience Française, le contrat économique international,  
travaux des VII Journées d'études juridiques, Jean - Dabin,  
Paris, Pedone, 1975, P. 171.
- Souveraineté de l'État et règlement du litige, Régime Juridique  
du contrat d'État, Rev. Arb. 1985, P. 641.
- Droit international économique, droit du développement, lex  
mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres  
juridiques?, le droit des relations économiques internationales,  
études offertes à Berthold Goldman. Paris, Litec, 1982. P.  
79.

KARRER (P. A.):

- Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale R.D.A.I., 1989, P. 761.

KLEIN (Frederic - Edouard):

- Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international, Rev. Crit., 1961, P. 499.
- Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire. Dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal., Rev. Arb. 1961, P. 48.
- Autonomie de la volonté et Arbitrage, Rev. Crit., 1958, P. 255.
- La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Rev. Crit., 1962, P. 621.
- La nouvelle réglementation Française de L'arbitrage international et les lois suisses, revue de travaux de suisse, 1984, P. 57.
- L'arbitrage international de droit Privé «Réalité et perspective», A.S.D.I., 1963, P. 41.

KNOEPFLER (F.) et SCHWEIZER (Ph.):

- Les mesures Provisoire et L'arbitrage, Revue de travaux de Suisse, 1984, P. 221.

KOPELMANAS (Lazare):

- La place de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 12 Avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage, A.F.D.I., 1961, P. 331.
- Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international, R.T.D.C., 1957, P. 879.

LAGARDE (Paul):

- Approche critique de la *lex mercatoria*, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 125.

LALIVE (Jean - Flavien):

- Un récent arbitrage Suisse entre un organisme d'État et une société privée étrangère (Sapphire international petroleum limited. C/National Iranian oil company), A.S.D.I., 1962, P. 273.
- Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux Sociétés privées étrangères (Arbitrage texaco - Calasiatic C/Gouvernement libyen), Clunet, 1977, P. 319.
- Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents, Recueil des cours, 1983, P. 19.

LALIVE (Pierre) et GAILLARD (Emmanuel):

- Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, clunet 1989, P. 905.

LALIVE (Pierre):

- L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissements conclus avec des sociétés privées étrangères, colloque unidroit, Rome, 1977, P. 317.
- Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. Arb. 1976, P. 155.
- Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev. Arb. 1986, P. 329.

MANTILLA - SERRANO:

- La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, Rev. Arb., 1992, P. 47.

- L'influence des clauses arbitrales, R.B.D.I., 1975, P. 570.
- Problèmes relatifs à L'arbitrage commercial international, Recueil des cours, 1967, P. 573.

LEVEL (Patrice):

- La procédure arbitrale, Droit et pratique de l'arbitrage international en France, Feduci 1984, P. 51.
- Le contrat dit sans loi, travaux du comité Français de droit international privé, 1964 - 1966, Paris, Dalloz, 1967, P. 209.

LEW (Julian D. M.):

- La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, le contrat économique international, travaux des VII<sup>es</sup> journées d'études juridiques jean Dabin, Paris, Pedone, 1975, P. 151.

- LOGIE (J. A. R.):

- Les contrats pétroliers iraniens, R.B.D.I., 1965, P. 392.

LOQUIN (Eric):

- L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, les dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 1986, P. 67.
- Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, Clunet 1983, P. 293.

LOUSSOUARN (Yvon):

- L'État commerçant et la compétence juridictionnelle internationale, Mélanges offerts à Kollewijn et offerhaus, 1962, P. 318.

**MARCHAIS (Bernard):**

- Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage  
C.I.R.D.I., Droit et pratique du commerce international,  
1988, P. 273.

**MAYER (Pierre):**

- La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de  
contrats d'État, Clunet, 1986, P. 5.
- Le mythe de L'ordre juridique de base (ou grundlegung), le  
droit des relations économiques internationales, études offertes  
à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 199.
- L'autonomie de l'arbitre international dans L'appréciation de sa  
propre compétence, Recueil des cours, 1989, P. 325.

**MENDEZ (Francisco Ramos):**

- Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev. arb.,  
1985, P. 51.

**MESTRE (Achille):**

- Les établissements publics industriels et commerciaux et le  
recours à l'arbitrage, l'apport de l'Art. 7 de la loi 75 - 596  
du 9 Juillet 1975, Rev. Arb. 1976, P. 3.

**MEZGER (Ernest):**

- Compétence - Compétence des arbitres et indépendance de la  
convention arbitrale dans la convention dite européenne sur  
l'arbitrage commercial international de 1961, Mélanges  
Minoli, 1974, P. 315.

La jurisprudence Française relative aux sentences arbitrales  
étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en  
matière d'arbitrage international de droit privé, Mélanges  
offerts à Jacques Maury, 1960, P. 273.



MEZGHANI (Ali):

- Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage, Rev. Arb., 1985, P. 543.

MOTULSKY (Henri):

- L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public, Rev. Arb. 1956, P. 38.
- La capacité de compromettre des établissements publics à caractère commercial. À propos de l'arrêt «Société National de vente des surplus», Rev. Arb. 1958, P. 39.
- L'évolution récente en matière d'arbitrage international, Rev. Arb. 1959, P. 3.
- L'internationalisation du droit Français de l'arbitrage, Rev. Arb. 1963, P. 110.

PALLIERI (Balladore):

- L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Recueil des cours, 1935, P. 291.

RAMBAUD (Patrick):

- Un arbitrage pétrolier, la sentence Hamco, A.F.D.I., 1980, P. 274.
- Arbitrage, concession et Nationalisation, quelques observations sur la sentence B.P., A.F.D.I., 1981, P. 222.

REYMOND (Claude):

- Problèmes actuels de l'arbitrage commercial international, Revue économique et sociale, 1982, P. 5.
- Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage, Rev. Arb. 1985, P. 517.

- Le nouveau droit Suisse de l'arbitrage international, R.D.A.I., 1989, P. 741.
- La nouvelle loi Suisse et le droit de l'arbitrage international. Réflexions de droit comparé, Rev. Arb. 1989, P. 385.

RIAD (Fouad):

- L'entreprise publique et semi - publique en droit international privé, Recueil des cours, 1963, P. 561.
- Les contrats de développement et arbitrage international, Rev. Eg. Vol 42, 1986, P. 253.

RIGAUX (Francois):

- Des dieux et des heros, Réflexions sur une sentence arbitrale, Rev. Crit., 1978, P. 435.
- Souveraineté des États et arbitrage transnational, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 261.

RIVERO (Jean):

- Personnes morales de droit Public et arbitrage. Rev. Arb., 1973, P. 263.

ROBERT (Jean) et MOREAU (B.):

- Arbitrage international, Dalloz, Procédure civile. 31 Août 1989. P 1 etSS.

ROULET (Jean - David):

- La convention du 18 Mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, A.S.D.I., 1965, P. 121.

SANDERS (Pieter):

- La convention de New - York, union international des avocats, 1960, P. 292.

- Vingt années de la convention de New - York de 1958, D.P.C.I., 1979, p. 359.
- Aspects de l'arbitrage international, R.D.I.D.C., 1979, P. 129.
- L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la Sentence), Rev. Arb., 1980, P. 238.
- L'autonomie de la clause compromissoire, Hommage à F. Eisemann, Liber Amicorum, chambre de commerce international, Publication, N° 321, 1978, P. 31.

SAUSER - HALL (George):

- L'arbitrage en droit international privé, A.I.D.I., 1952, Tome I, P. 522 et; 1957, Tome II, P. 394.

STERN (Brigitte):

- Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. les Nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international, Rev. Arb. 1980, P. 3.

STORME (M.):

- L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1978, P. 113.

TERKI ( Nour - Eddine):

- L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev. Arb. 1990, P. 585.
- L'arbitrage et l'entreprise publique en Afrique du nord, R.D.I.D.C., 1989, P. 124.

THUILLEAUX (Sabine):

- La loi de 1986 sur l'arbitrage au Québec: au regard de la loi Française sur l'arbitrage R.D.A.I., 1988, P. 905.

TOMASI (Albert):

- L'arbitrage en Allemagne, Rev. Arb., 1962, P. 78.

TSCHANZ (Pierre - Yves):

- La convention d'arbitrage, R.D.A.I., 1989, P. 749.
- Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international, R.D.A.I., 1988, P. 437.

VAN COMPERNOLLE (J.):

- L'arbitrage dans les relations commerciales internationales: Question de procedure, R.D.I.D.C., 1989, P. 101.

VAN DEN BERG (Albert J.):

- L'arbitrage commercial en Amérique latine, Rev. Arb., 1979, P. 123.

VAN HOUTTE (H.):

- La loi applicable à l'arbitrage commercial international, R.D.I.D.C., 1980, P. 285.

VEDEL:

- Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1961, P. 116.

VERHOEVEN (Joe):

- Arbitrage entre États et entreprises étrangères: Des règles spécifiques?, Rev. Arb., 1985, P. 609.
- Droit international des contrats et droit des gens (À propos de la sentence rendue le 19 Janvier 1977 en l'affaire californian asiatic oil company et texaco overseas oil company C/État libyen), R.B.D.I., 1978-1979, P. 209.

Contrats entre États et ressortissants d'autre États, le contrat économique international, travaux des VII<sup>es</sup> Journées d'études juridiques, Jean Dabin, Paris, Pédone, 1975, P. 115.

VIRALLY (Michel):

- Un tiers droit? réflexions théoriques, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 373.

WALDE (Thomas):

- Stabilité du contrat, règlement des litiges et renégociation mécanismes en faveur d'une communauté d'intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressources minérales, Rev. Arb., 1981, P. 203.

WEIL (Prosper):

- Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, Recueil des cours, 1969, P. 95.
- Droit international et contrats d'État, Mélanges offerts à Paul Reuter, Paris, Pédone 1981, P. 549.
- Principes généraux du droit et contrats d'État, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 14.

WENGLER (Wilhelm):

- Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, Rev. Crit., 1982, P. 467.
- Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?, R.G.D.I.P., 1972, P. 313.

٣ - مقالات باللغة الانجليزية:

LORD MAC NAIR:

- The general principles of law recognized by civilized Nations, B.Y.I.L., 1957, 33, P. 1

MANN (F.A.):

- The proper law of contracts concluded By international persons, B.Y.I.L., 1959, 35, P. 34.

SERENI (Angelo piero):

- International economic institutions and the municipal of states,  
Recueil des cours, 1959, Tome I, P. 133.

### أهم المختصرات الأجنبية (ABBREVIATIONS)

- A.F.D.I: Annuaire Français de droit international.
- A.I.D.I.: Annuaire de l'institut de droit international.
- A.S.D.I. : Annuaire suisse de droit international.
- B.Y.B.I.L.: British yearbook of international Law.
- B.I.R.D.: Banque international pour la reconstruction et le  
Développement.,
- Cass. Civ.: Cour de Cassation, Chambre Civile.
- C.C.I.: Chambre de commerce internationale.
- C.I.J.: Cour international de Justice.
- Clunet: Journal du droit international.
- C.N.U.D.I.: Commission des Nations unies Pour le droit commercial  
international.
- C.P.J.I.: Cour permanente de justice internationale.
- D.P.A.I.F.: Droit et pratique de l'arbitrage international en France.
- D.P.C.I.: Droit et pratique du commerce international.
- FASC.: Fascule.
- I.L.R.: International law reports.
- Ibid: Ibidem (الهامس السابق)
- J (I) , dr. int.: Juris-classeur, droit international
- J.C.P.: Juris classeur périodique; La semaine juridique.

J.D.A.I.: Journal du droit des Affaires internationales.

L.G.D.: Librairie générale de droit.

L.G.D.J.: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Obs.: Observation.

Rev. Arb.: Revue d'Arbitrage.

R.B.D.I.: Revue Belge de droit international.

Rev. Crit.: Revue critique de droit international privé.

Rev. Eg.: Revue Egyptienne de droit international.

R.E.S.: Revue économique et sociale.

Recueil des cours: de l'academie de droit international de la Haye.

R.D.A.I.: Revue du droit des Affaires internationales.

R.D.I.D.C.: Revue de droit international et de droit comparé.

R.G.D.I.P.: Revue générale de droit international Public.

R.I.D.C.: Revue internationale de droit comparé.

R.T.D.C.: Revue trimestrielle de droit commercial.

R.T.S.: Revue de travaux de suisse.

T.C.F.D.I.P.: Travaux du comité Français de droit international  
privé.

Trib. gr. inst.: Tribunal de grande instance.





## المفهرس

الصفحة	الموضوع
٩	مقدمة
١٢	ميررات اللجوء إلى التحكيم فى عقود البترول
١٢	أهمية موضوع البحث
١٤	خطة البحث
	<b>الباب التمهيدي</b>
١٧	<b>التعريف بمفهوم البترول وبيان خصائصها</b>
	<b>الفصل الأول: أطراف عقد البترول والمحل الذى يرد عليه</b>
٢٢	وأهميته
٢٢	المبحث الأول: أطراف عقد البترول
٢٤	المطلب الأول: المقسود بالطرف الوطنى
٢٠	المطلب الثانى: المقسود بالطرف الأجنبى
	<b>المبحث الثانى: المحل الذى ترد عليه عقود البترول</b>
٢٥	وأهميته
٤٢	<b>الفصل الثانى: الأشكال المختلفة التى تتخذها عقود البترول</b>
٤٤	<b>المبحث الأول: عقود الامتياز</b>
	<b>المطلب الأول: عقود الامتياز فى صورتها الأولى</b>
٤٤	والظروف التى صاحبت نشأتها
	<b>المطلب الثانى: أهم التعديلات التى أدخلت على</b>
٥٦	<b>عقود الامتياز الأولى</b>
٥٦	أولا: نظام مناسفة الأرباح
٥٩	ثانيا: مسألة تنفيذ الإتاوة أو الربح
٦٠	ثالثا: نظام التخلّى عن المساحات غير المستقلة
	رابعا: الأخذ بنظام المشاركة فى عقود الامتياز
٦٢	القائمة

- ٦٥ المبحث الثاني: الأشكال التعاقدية الجديدة
- ٦٥ المطلب الأول: عقود المشاركة
- ٧٧ المطلب الثاني: عقود المقاول
- ٨٢ المطلب الثالث: عقود اقتسام الإنتاج
- الفصل الثالث: أهم الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقود
- ٨٩ البترول وأهم الشروط التي تتضمنها
- المبحث الأول: أهم الحقوق والالتزامات التي تنشأ
- ٩٠ عن عقود البترول
- ٩١ المطلب الأول: حقوق الشركة الأجنبية
- ٩١ أولاً: الحق في استخدام الأجانب
- ٩٥ ثانياً: الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية
- ٩٩ ثالثاً: الحق في التنازل عن العقد وإنهائه
- ١٠٢ المطلب الثاني: حقوق الدولة المتعاقدة
- أولاً: الحق في الاستيلاء على الإنتاج وحقوق
- ١٠٢ البترول
- ١٠٢ ثانياً: الحق في الإشراف والرقابة
- ١٠٥ ثالثاً: حق الدولة المتعاقدة في إلغاء العقد وإنهائه
- المبحث الثاني: أهم الشروط التعاقدية التي تتضمنها
- ١٠٨ عقود البترول
- شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس
- ١٠٩ بالمقد
- المطلب الأول: المقصود بشروط الثبات وشروط
- ١١١ عدم المساس
- ١١١ أولاً: المقصود بشروط الثبات
- ١١٣ ثانياً: المقصود بشروط عدم المساس

## المطلب الثاني: مدى صحة شروط الثبات وشروط

- ١١٦ عدم المساس والآثار التي يمكن أن تترتب عليها  
١١٦ أولا: موقف الفقه  
١٢٥ ثانيا: موقف أحكام التحكيم  
١ - حكم تحكيم تكساكو الصادر في ١٩ يناير  
١٢٦ لسنة ١٩٧٧  
٢ - حكم تحكيم ليامكو الصادر في ١٢ أبريل  
١٢١ لسنة ١٩٧٧  
٣ - حكم تحكيم أجبب الصادر في ٣٠ نوفمبر  
١٣٤ لسنة ١٩٧٩  
٤ - حكم تحكيم أمينزيل الصادر في ٢٤ مارس  
١٣٧ لسنة ١٩٨٢

## الباب الأول

### اتفاق التحكيم

- ١٤١  
١٤٢ الفصل الأول: نوعية التحكيم المتعلق بمقود البترول  
١٤٤ المبحث الأول: أنواع التحكيم  
١٤٤ أولا: التحكيم الاختياري، والتحكيم الإجباري  
١٤٦ ثانيا: التحكيم المؤسسي، والتحكيم الحر  
ثالثا: التحكيم طبقا لقواعد القانون، والتحكيم  
١٤٨ طبقا لقواعد العدل والإنصاف  
رابعا: التحكيم الدولي العام، والتحكيم الداخلي.  
١٥٣ والتحكيم الدولي الخاص  
١ - آراء الفقهاء  
١٥٦  
٢ - الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم  
١٦٢ ذات الطبيعة الدولية  
٢ - موقف بعض التشريعات الحديثة  
١٦٦

- ١٧٧ رأينا الخامس
- المبحث الثاني: تحديد نوعية التحكيم في عقود  
١٧٨ البترول
- أولا: مدى اعتبار التحكيم في عقود البترول  
١٨١ تحكيميا دوليا عاما
- ثانيا: مدى اعتبار التحكيم في عقود البترول  
١٨٥ تحكيميا داخليا أم تحكيميا دوليا خاصا
- الفصل الثاني: العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول  
١٩١
- المبحث الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم  
١٩٤
- أولا: موقف الاتفاقيات الدولية  
١٩٤
- ثانيا: موقف القوانين الوطنية  
١٩٨
- ثالثا: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية  
٢٠٤
- رابعا: موقف أحكام التحكيم  
٢٠٩
- المبحث الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال  
٢١٤ اتفاق التحكيم
- المطلب الأول: عدم ارتباط مسير اتفاق التحكيم  
٢١٩ بمسير العقد
- المطلب الثاني: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم  
٢٢٧ لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد
- الفصل الثالث: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم  
٢٢٥ ونطاق تطبيقه
- المبحث الأول: القانون واجب التطبيق على اتفاق  
٢٢٦ التحكيم
- المطلب الأول: موقف الفقه  
٢٢٦

- أولاً: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم  
٢٢٧ لقانون الدولة مقر التحكيم  
ثانياً: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون  
٢٢٩ الإرادة المستقلة  
١ - إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر  
٢٤٠ التحكيم  
٢ - إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم  
٢٤١ المقد موضوع النزاع  
المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية  
٢٤٢ أولاً: اتفاقية نيويورك في ١٠ يونيو سنة ١٩٥٨  
٢٤٣ ثانياً: الاتفاقية الأوربية المبرمة في جنيف  
٢٤٥ في ٢١ أبريل لسنة ١٩٦١  
المطلب الثالث: موقف القوانين الوطنية  
٢٤٨ المطلب الرابع: موقف أحكام التحكيم  
٢٥٨ الاتجاه الأول: إخضاع اتفاق التحكيم لقانون  
٢٥٩ الدولة مقر التحكيم  
الاتجاه الثاني: إخضاع اتفاق التحكيم لقواعد  
٢٦٢ غير وطنية  
المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون واجب  
٢٧٠ التطبيق على اتفاق التحكيم  
٢٧١ المطلب الأول: شكل اتفاق التحكيم  
٢٧٢ أولاً: القوانين الوطنية  
ثانياً: الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم  
٢٧٦ ذات الطبيعة الدولية  
ثالثاً: القانون واجب التطبيق على شكل  
٢٨١ اتفاق التحكيم

	المطلب الثاني: مدى قابلية النزاع للتسوية
٢٨٥	بمطريق التحكيم
٢٩٦	المطلب الثالث: أهلية الاتفاق على التحكيم
	الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على
٢٩٧	أهلية الأشخاص الخاصة للتحكيم
	الفرع الثاني: أهلية الدولة والأشخاص العامة
٣٠٤	في الاتفاق على التحكيم
٣٠٤	أولاً: موقف القوانين الوطنية
٣١٧	ثانياً: الاتفاقيات الدولية
٣٢٦	ثالثاً: موقف الفقه
٣٣٨	وأخيراً: موقف القضاء الوطني
٣٤٩	خامساً: أحكام التحكيم
٣٥٩	الفصل الرابع: آثار اتفاق التحكيم
٣٦١	المبحث الأول: اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع
٣٦٥	- تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص
٣٨٢	المبحث الثاني: عدم اختصاص القضاء الوطني
	المطلب الأول: قاعدة عدم اختصاص المحاكم
٣٨٤	القضائية وشروط تطبيقها
٣٩٨	المطلب الثاني: نطاق عدم الاختصاص القضائي
	الحالة الأولى: تدخل القاضي الوطني في تشكيل
٣٩٩	محكمة التحكيم
	الحالة الثانية: تدخل القاضي الوطني في
٤٠٤	مجال جمع وتقديم الأدلة
	الحالة الثالثة: احتفاظ القاضي بالاختصاص
٤٠٨	بالإجراءات الوقفية والحفظية

- المبحث الثالث: أثر اتفاق التحكيم على  
٤١٩ حصانة الدولة القضائية والتنفيذية  
المطلب الأول: أثر اتفاق التحكيم على حصانة  
٤٢٠ الدولة القضائية  
الحالة الأولى: أثر اتفاق التحكيم على تمسك  
٤٢٦ الدولة بالحصانة القضائية أمام محكمة التحكيم  
الحالة الثانية: أثر اتفاق التحكيم على تمسك  
٤٢١ الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية  
١ - قضية الشركة الأوروبية للأبحاث  
٤٢٨ والشروعات ضد يوغلافيا  
٢ - قضية الشركة SOABI ضد النفال  
٤٤  
المطلب الثاني: أثر اتفاق التحكيم على حصانة  
٤٤٢ الدولة التنفيذية

## الباب الثاني

### القانون واجب التطبيق

- على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع  
٤٥٢  
الفصل الأول: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم  
٤٥٥  
المبحث الأول: المبادئ السائدة في شأن تحديد  
القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم  
٤٥٧  
بصفة عامة  
٤٥٧  
المطلب الأول: موقف الفقه  
أولا: الاتجاه القائل بإخضاع إجراءات التحكيم  
٤٥٧  
لقانون مقر التحكيم  
ثانيا: الاتجاه القائل بإخضاع إجراءات التحكيم  
٤٦٢  
لقانون الإرادة المستقلة

- ١ - مدى حرية الأطراف في اختيار القانون  
٤٦٥ واجب التطبيق على إجراءات التحكيم
- ٢ - القانون واجب التطبيق على إجراءات  
التحكيم في حالة غياب الاختيار السريع من  
٤٧٧ قبل الأطراف
- أ - القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع  
٤٧٧
- ب - قانون الدولة مقر التحكيم  
٤٨٠
- ج - التحديد المباشر بواسطة المحكمين  
٤٨٢
- المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية وقواعد  
التحكيم ذات الطبيعة الدولية  
٤٨٥
- أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية  
٤٨٥
- ثانياً: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية  
٤٩١
- المطلب الثالث: موقف القوانين الوطنية  
٥٠٩
- الخلاصة  
٥٢٢
- المبحث الثاني: مدى إنطباق المبادئ السابقة على  
إجراءات التحكيم في عقود البترول  
٥٢٤
- المطلب الأول: الممارسة التعاقدية  
٥٢٤
- أولاً: القواعد الإجرائية المعتمدة مباشرة من  
قبل الأطراف في عقود البترول  
٥٢٥
- ثانياً: الحلول التي تضمنتها عقود البترول  
بشأن القانون واجب التطبيق على إجراءات  
التحكيم  
٥٣٠
- ١ - العقود التي نصت على تطبيق قانون  
الدولة المتعاقدة  
٥٣١
- ٢ - العقود التي نصت على تطبيق قانون  
الدولة مقر التحكيم  
٥٣١



- ٢ - العقود التي نمت على تطبيق قواعد القانون الدولي العام ٥٢٢
- ٤ - العقود التي خولت الأطراف أو المحكمين احتياطيا سلطة تحديد القانون واجب التطبيق ٥٢٢
- المطلب الثاني: موقف أحكام التحكيم ٥٢٥
- أولاً: أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام ٥٢٥
- ١ - حكم التحكيم الصادر في ٢٢ أغسطس سنة ١٩٥٨ في قضية أرامكو ضد السعودية ٥٢٥
- ٢ - حكم التحكيم الصادر في ١٩ يناير لسنة ١٩٧٧ في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية ٥٤٢
- ٣ - حكم التحكيم الصادر في ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧ في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية ٥٤٦
- ثانياً: أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم ٥٤٩
- ١ - حكم التحكيم الصادر في ١٥ مارس عام ١٩٦٢ في قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ٥٤٩
- ٢ - حكم التحكيم الصادر في ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٢ في قضية B.P. ضد الحكومة الليبية ٥٥٢
- ٣ - حكم التحكيم التمهيدى الصادر في قضية Elf - Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ٥٥٥
- ٤ - حكم التحكيم الصادر في قضية أمينويل ضد الحكومة نكويية عام ١٩٨٢ ٥٥٦
- رأينا الخاص ٥٥٧

- ٥٦٢ الفصل الثاني: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع
- المبحث الأول: الاتجاهات السائدة في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع
- ٥٦٤ ومدى انطباقها على عقود البترول
- المطلب الأول: خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة
- ٥٦٥
- المطلب الثاني: مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة
- ٥٦٧
- أولاً: تحديد القانون واجب التطبيق بواسطة قاعدة تنازع القوانين
- ٥٦٨
- ثانياً: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق بدون الاستماتة بقواعد تنازع القوانين
- ٥٨٤
- ثالثاً: الطرق المستخدمة بواسطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق
- ٥٨٧
- الطريقة الأولى: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق
- ٥٨٧٠
- الطريقة الثانية: التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع
- ٥٨٩
- الطريقة الثالثة: اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص
- ٥٩٥
- المبحث الثاني: الحلول الفقهية المقترحة بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول
- ٥٩٩
- المطلب الأول: إخضاع عقود البترول للدولة المتعاقدة
- ٥٩٩
- أولاً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستناداً إلى فكرة العقد الإداري
- ٦٠٠
- تقدير هذا الرأي
- ٦٠٢

- ثانيا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا  
٦٠٨ إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة  
٦١٢ تقدير هذا الاتجاه
- ثالثا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا  
٦١٧ إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون  
المطلب الثاني: إخضاع عقود البترول للقانون  
٦٢٢ الدولي العام
- أولا: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي  
العام إستنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص  
٦٢٤ تقدير هذا الرأي  
٦٢٨
- ثانيا: الرأي القائل بخضوع العقد للقانون الدولي  
باعتباره معاهدة دولية  
٦٢٢ تقدير هذا الرأي  
٦٢٢
- ثالثا: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدولي  
باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد  
٦٢٧ تقدير هذا الرأي  
٦٤٧
- المطلب الثالث: إخضاع العقد لنظام قانوني ثالث  
٦٥٦ أولا: الرأي القائل بمفكرة القانون الذاتي للعقد  
٦٥٦ تقدير هذا الرأي  
٦٥٨
- ثانيا: الرأي القائل بإخضاع العقد لقانون عبر  
الدول  
٦٦٤ تقدير هذا الرأي  
٦٦٩
- ثالثا: الرأي القائل بإخضاع العقد للمبادئ  
العامة للقانون  
٦٧٢ تقدير هذا الرأي  
٦٧٥

	رابعاً: الرأى القائل بإخضاع العقد للقانون
٦٧٩	التجارى السولى
٦٩٢	تقدير هذا الرأى
٦٩٨	المبحث الثالث: أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية
٦٩٩	المطلب الأول: أحكام التحكيم
	أولاً: حكم التحكيم الصادر فى قضية أبى طلى.
٦٩٩	سنة ١٩٥١
	ثانياً: حكم التحكيم الصادر فى قضية قطر .
٧٠٢	سنة ١٩٥٢
	ثالثاً: حكم التحكيم الصادر فى قضية سافير
٧٠٤	عام ١٩٦٢ .
	رابعاً: حكم التحكيم الصادر فى قضية أرامكو
٧١٧	عام ١٩٥٨
	خامساً: حكم التحكيم الصادر فى قضية B.P.
٧٢٢	عام ١٩٧٢
	سادساً: الحكم الصادر فى قضية تكساكو عام
٧٢٢	١٩٧٧
	سابعاً: حكم التحكيم الصادر فى قضية ليامكو
٧٢٢	عام ١٩٧٧
	ثامناً: حكم التحكيم الصادر فى قضية أمينويل
٧٢٦	عام ١٩٨٢
٧٢٧	خلاصة
٧٤٠	المطلب الثانى: الممارسة التعاقدية
	أولاً: الشروط التى تنص على تطبيق المبادئ
	المادة للقانون باعتبارها القانون الذى يحكم
٧٤٠	العقد

ثانياً: الشروط التي تنص على تطبيق المبادئ

المشتركة في القانون الوطني للدولة

المتعاقدة والقانون الدولي العام بصفة

رئيسية، والمبادئ العامة للقانون بصفة

٧٤٤ احتياطية

ثالثاً: الشروط التي تنص على تطبيق المبادئ

المشتركة في الأنظمة القانونية للأطراف

المتعاقدة بصفة رئيسية، والمبادئ العامة

٧٤٤ للقانون بصفة احتياطية

رابعاً: الشروط التي تنص على تطبيق قانون

٧٤٧ الدولة المتعاقدة

٧٥١ رأينا الخاص

٧٥٥ خاتمة

٧٦٩ قائمة المراجع

٨٠٠ أهم المختصرات الأجنبية

٨٠٢ الفهرس

رقم الإيداع ١٩٣٦/٢٠٠٠  
I.S.B.N. الترقيم الدولي  
977--04-2869-8



للطباعة  
رؤسى حسين إبراهيم  
شارع عبدالعزیز الممدانی ٢ حادي  
عبدین ت ٢٥٠٠٣٩١٠ دار السلام ت ٢٢٠٩١١٨



